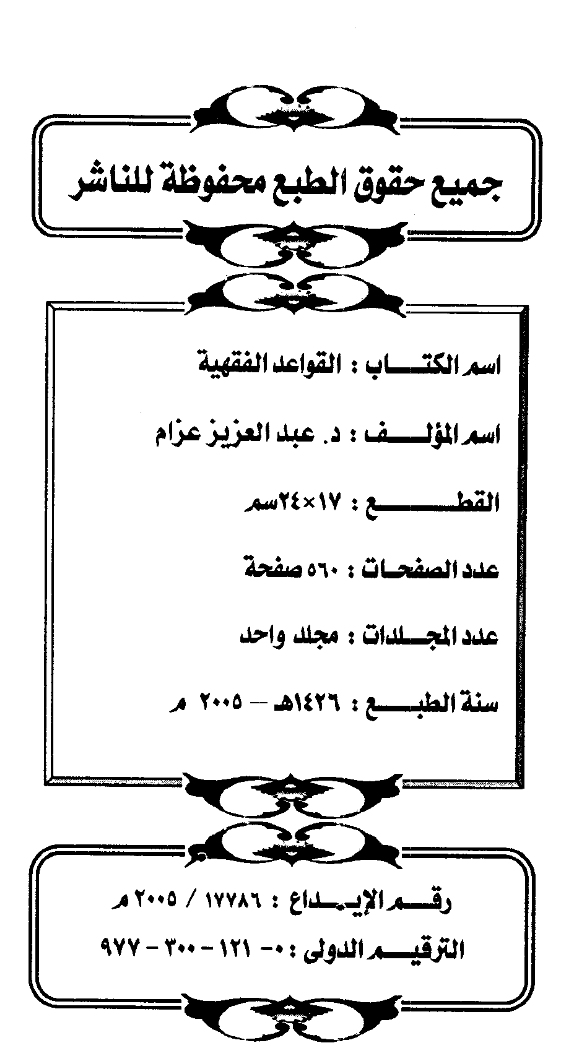
القواعد الفقهية



اسم الكتـــاب : القواعد الفقهية

اسم المؤلـــف : د. عبد العزيز عزام

القطـــــع : ١٧×٢٤سم

عدد الصفحـات : ٥٦٠ صفحة

عدد المجـلدات : مجلد واحد

سنة الطبـــع : ١٤٢٦هـ — ٢٠٠٥ م

رقـــم الإيـــداع : ١٧٧٨٦ / ٢٠٠٥م

الترقيـــم الدولى : ٠- ١٢١ - ٣٠٠ - ٩٧٧





طبـــع . نشــــر . توزيـــع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون : ٥٨٩٩٤٠٩ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ فاكس : ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

القواعد الفقهية

تأليف

د. عبد العزيز محمد عزام
الأستاذ بجامعة الأزهر

دار الحديث
القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمـــة

الحمد لله رب العالمـين نحمده ونستعينه ونسـتهديه، ونتوب إليه ونسـتغفره ونعوذ به من شرور أنفـسنا ومن سيـئات أعمالنـا، من يهدى الله فلا مضل لـه ومن يضلل فلا هادى له، والصلاة والسـلام على سيدنا مـحمد عبـد الله ورسوله ختم الله به الرسـالات، وأكمل بدينه الشرائع وأنزل عليه كتـابًا جعله تبيانًا لكل شىء، وهدى وتبصرة لمن أراد خيـر الدنيا وسعادة الآخرة، لا يضل من اتبـعه وسلك سبيله واهتـدى بهديه وبنى على قواعده وأسـسه وعلى آله وأصحابه ومتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعـد: فإن من يدرس الفقـه الإسلامى أو يطلع عليـه سوف يقف على دقة هذا الفـقه ومدى سعتـه وشموله، وتنظيمه لعلاقة الفـرد بخالقه وعلاقته بالمجـتمع الإنسانى بأسره، ولا غرو فإن هذا الفقه يشـتمل على الكثير من النظم والنظريات والقواعد الاقتصادية والاجـتماعية والسياسية مما لا نجده فى أى تشريع آخر.

وهذا بدوره يقطع بأن الإسلام جاء ليكون دينًا عالميّا للبـشرية جميعًا فى كل زمان ومكان إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وأننا نحن المسلمين مطالبون بأن نتعامل مع هذا الفقه فى ضوء المستجدات، فلكل زمان فقه، ولكل نازلة حكم بحسبهـا لأن الفتاوى عمومًا تتغير بتغير الزمان والمكان والوقائع والمجتمعات والأنظمة وظروفها المحلية والإقليمية والدولية.

والفقيه تقتضيه ظروف العصر ومستجداته فهمًا عميقًا لكتاب الله وسنة رسوله وإحاطة تامة بأدلة الأحكام الشرعية، ومـعرفة بعلل هذه الأحكام ومسالكها وقـدرة على الموازنة والترجيح عند تعارض الأدلة، كما تقتضيه أن يقرأ الواقع كما هو ويفهم الواجب الشرعى كما يجب، ثم ينزل الواجب على الواقع فلكل مقام مقال، ولكل حديث حدث.

ولكن الذى نراه ونحسه هو الجمود الذى أصاب الفقه والفقهاء منذ مئات من السنين حتى جمـد الفقـه وتحجـرت قضايـاه وانحسر عن الواقـع فكان لابد من نهضـة تلبى حاجـة الأمة الإسلامية لبعث الفقه وتجديده وكسر جموده وإعادة صياغته فى شكل جديد فكان تحقيق ذلك عن طريق دراسة القواعـد الفقهية فإن علم قواعـد الفقه له مكانته الراسخة بيـن غيره من سائر

العلوم الشرعية إذ هو يعين الفقيه والمتفـقه وكل دارس للفقه على اكتساب الملكة العلمية التى تساعـده على أن يلحق أى فرع أو مسألة مـستجدة بالقـاعدة التى تناسبهـا عن طريق الإلحاق والتخريج وبه يكون الفقه متجدداً وجامعًا لما قد يحدث وما سوف يحدث من المسائل الكثيرة التى لا تتناهى على ممر الأزمان.

وإن من ينظر فى هذه الشريعة فسوف يتضح له أنها فى مجموعها قد اشتملت على أصول وفروع. . . وأصولها كما قال الإمام القرافى قسمان:

أحـدهمـا: وهو المسمى بأصول الفقه، وهو فى غـالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئـة عن الألفاظ العربية خـاصة وما يعرض لتـلك الألفاظ والنسخ والترجيح ونحـو الأمر للوجوب، والنهى للتحريم وما إلى ذلك مما له تعلق بعلم أصول الفقه.

ثانيهـما: قواعد كلية فقهية جليلة القدر عظيـمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهـج الفتوى وتكشف. . . وفيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء. . .

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها فى الكليات[١].

واتحد عنـده ما تناقض عند غيـره، ومن جعل يخـرج الفروع بالمناسـبات الجـزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت. . . واحتاج إلى حفظ الجزئيات التى لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها.

لذلك فقد وضـعت مؤلَّفى هذا فى القواعد الـفقهية إسـهامًا فى إعداد الفـقيه وكل دارس للفقـه الإسلامى وحرصت أن يكون جامـعًا لأكبـر مجموعـة من القواعد، وحاولت بقـدر ما وسعنى الجهد جـمع ما قد تناثر من الفروع فى كتب الفقه والقواعـد، وبدأت بالقواعد الكلية الكبرى، وأردفتها بالقـواعد الأقل شمولاً، ثم القواعد المختلف فـيها، وعنيت فى كل قاعدة ببيـان أصل القاعدة ودليلهـا، ومعناها اللغوى والشـرعى وما تدل عليه بصـفة عامة، ومـا قد يندرج تحتها من القواعـد الفرعية، وما يتفرع عن هذه القواعد من بعض المسـائل الفقهية مع بيان موقف فقهاء المذاهب من هذه المـسائل، ودليل كل مذهب، وثمرة هذا الخلاف ثم بيان بعض ما يسـتثنى من كل قاعدة، وتوجـيه الاستثناء، ومجـال التعارض والترجـيح حتى تكون الفائدة به أعم وأشمل.

راجيًا من الله أن يجعله فى موازيـن الأعمال الصالحة يوم الدين ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِى أَنْ أَشْكُـرَ

---

(١) الفروق ١/ ٢، ٣ طبعة بيروت.

نِعْـمَـتَكَ الَّتِى أَنْعَـمْتَ عَلَىَّ وَعَلَىٰ وَالِدَىَّ وَأَنْ أَعْـمَلَ صَـالِحًا تَرْضَـاهُ وَأَدْخِلْنِى بِرَحْـمَـتِكَ فِى عِـبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ (النمل: ١٩) وآخر دعونا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

د/ عبد العزيز محمد عزام

الأستاذ فى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

القاهرة فى يوم الجمعة ١٩ من ربيع الآخر ١٤٢٦هـ

الموافق ٢٧ من مايو ٢٠٠٥م



تمهيد

فى نشأة الفقه والتأليف فيه

كان الرسول محمد ﷺ هو المصدر الأول للتشريع فى صدر الإسلام، ومنه تؤخذ الأحكام مما يتلقاه من الوحى الشريف ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (٣) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ (النجم: ٣، ٤) وما كان لأحد غيره من المسلمين أن يستقل بحكم فى واقعة لنفسه أو لغيره.

فإذا عرض للمسلمين أمر يقتضى معرفة حكمه، رجعوا إلى رسول الله ﷺ باعتباره المرجع الوحيد لهم يفتيهم ويَفْصل فى خصوماتهم بما نزل عليه من قرآن يتضمن جواب ما سألوه عنه. وإن لم ينزل عليه قرآن انتظروا الوحى من الله حتى ينزل ببيان ما سأل الناس عنه.

ولم يكن هذا مانعًا من اجتهاده ـ ﷺ ـ فكان يجتهد أحيانًا، ويدرب أصحابه على الاجتهاد، فاجتهدوا وبخاصة إذا كانوا فى الأماكن البعيدة.

والاجتهاد: هو بذل الجهد فى استنباط الحكم الشرعى مما اعتبره الشارع دليلاً، والدليل هو كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ.

والحكمة من اجتهاد الرسول، وإذنه لأصحابه بالاجتهاد، ليستطيع أهل الفقه والمعرفة من بعده أن يجتهدوا وينزلوا ما يجدُّ من الحوادث على عمومات الكتاب والسنة، حتى يمكن أن يكون الفقه الإسلامى قادرًا على مسايرة الزمن ومتابعة نهوض الأمم.

وانتهى العصر الأول للتشريع دون أن يكتب شىء من الفقه، وإنما بقى محفوظًا فى الصدور يتناقله صغار الفقهاء من الصحابة عن كبارهم، ونقله التابعون عن الصحابة وهكذا حتى وصل إلينا بطريق الرواية.

وكان الفقه فى هذه المرحلة واقعيّا يأتى حسب ما يظهر من وقائع ولم يكن قائمًا على فرض المسائل وتقدير وقوعها ومعرفة حكمها.

ثم خطا الفقه الاجتهادى أولى خطواته فى عصر الصحابة والتابعين ثم تبلور فى اتجاهين:

اتجاه أهل الرأى، واتجاه أهل الحديث، وكان من نتيجة ذلك اتساع مجالات الفقه الإسلامى على يد فقهاء مدرسة الرأى فى كل شأن من شئون الحياة، ما وقع نزل بهم، وما لم

يقع بعد، وكثر الخلاف فى الفروع الفقهية نتيجة للتفرق السياسى وهجرة العلماء من المدينة المنورة إلى الأمصار المختلفة[1].

وفى العصر العباسى الأول، تضافرت الجهود، واتجه العلماء إلى ما لم يتسع له زمن أسلافهم، ولم تتهيأ لهم أسبابه، فأفرغوا كثيرًا من جهودهم فى ضبط قواعد الفقه، وجمع شتاته... وكان لهذا الاتجاه أثر ظاهر فى التشريع، فاتسع نطاق الفقه، ونهض نهضته، حتى أصبح شاملاً لكل نواحى الحياة وكثر الاجتهاد المطلق، وكان هذا العصر جديرًا بأن يسمى عصر النشاط والقوة والنضج الفكرى فى شتى المجالات.

وفى هذا العصر برزت طائفة من الأئمة الأعلام الذين دونت مذاهبهم وعم فضلهم، فكانت لهم الزعامة الدينية فى العالم الإسلامى، وحسبك أن هذا العصر أنجب ثلاثة عشر فقيهًا مجتهدًا دونت مذاهبهم، وقلدت آراؤهم، واعترف لهم جمهور المسلمين بالإمامة فى الفقه، كان منهم الأئمة الأربعة، وغيرهم كالظاهرية، والاثنى عشرية، والإباضية، والزيدية والإمامية من الشيعة[2] إلا أن المذاهب الأربعة كانت محل ثقة الناس، فأصبحت ذات قوة تعادل قوة الأحاديث المتواترة، لأنها نقلت إلينا نقلاً أمينًا متواترًا جيلاً بعد جيل، فكتب الله لها البقاء إلى يومنا هذا وإلى أن يشاء الله حتى يرث الأرض ومن عليها.

* * *

(١) المدخل، للدكتور محمود الطنطاوى، ص١٦٦، ١٦٧.

(٢) نشأة الفقه الإسلامى وتطوره لفضيلة أستاذنا المرحوم الشيخ محمد على السايس ص١٢٠ من كتاب المؤتمر الرابع لمجمع البحوث بالقاهرة.

معنى القاعدة الفقهية

قبل الشروع فى مباحث هذا الفـن فإن من المفيد حقا أن نبين معنى القـاعدة ومعنى الفقه لغة واصطلاحًا كى نـقف على أهمية دراسة القواعـد الفقهية فـإن الحكم على الشىء فرع عن تصوره كما يقول علماء المنطق.

١- معنى القاعدة لغة واصطلاحاً:

القاعـدة فى اللغة تجمع على قواعـد، وهى الأساس الذى يبنى عليه الشىء مـعنويّا كان ذلك الشىء، كقواعد الدين، وقواعد النحو، وقواعد الأصول[١]، أو حسيّا كقواعد البيت[٢] ومنه ما جاء فى القـرآن الكريم قال تعالى: ﴿**وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ**﴾ (البقرة: ١٢٧).

وقال جل شأنه: ﴿**قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِن فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لا يَشْعُرُونَ**﴾ (النحل: ٢٦).

فالقاعدة فى هاتين الآيتين بمعنى الأساس والأصـل لما فوقه، وهو ما يرفع عليه البنيان، قال فى الكشاف: والقاعـدة جمع قواعد، وهى الأساس والأصل لما فوقه، وهى صـفة غالبة ومعناها الثابتة[٣].

وهكذا فإن عـبارات اللغويين قـد اجتمعت على أن المـعنى اللغوى للقاعـدة هو الأساس الذى يبنى عليه غيره، وفى الحديث: «إن البيت لما هدم أخرجت منه حجارة عظام، فقال ابن الزبير: هذه هى القواعد التى رفعها إبراهيم عليه السلام»[٤].

وأمـا المعنى الاصطلاحى للـقاعـدة: فقـد وردت عبـارات الفقـهـاء فى تحديد المـعنى الاصطلاحى للقاعدة مـتعددة ومتنوعة وهى على تنوعـها تكاد تتفق على أن القاعدة الفقـهية، حكم كلى ينطبق على جميع جـزئياته غالبًا لتعرف أحكامها مـنه إما على سبيل القطع أو على سبيل الظن[٥].

وهى عند الأصوليين والنحـاة: حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته لتعـرف أحكامها منه

---

(١) معجم مفـردات ألفاظ القرآن الكريم ص٤٢٤ للراغب الأصفهانى تحقـيق نديم مرعى، دار الفكر بيروت بدون تاريخ.

(٢) المرجع السابق.

(٣) تفسير الكشاف، الإمام الزمخشرى ١/ ١٨٥.

(٤) تفسير القرطبى ٢/ ١٢٠.

(٥) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر للحموى ١/ ٥١.

مثل قول الأصوليين: الأمر إذا جرد عن القرائن أفاد الوجوب، ومثل قول النحاة: الفاعل مرفوع والمفعول به منصوب.

وهناك قواعد قانونية، وهندسية، وعشرات من العلوم لكل منها قواعدها، واصطلاحاتها الخاصة، وإذًا يكون معناها فى مصطلحات العلوم بوجه عام هو أنها ضابط كلى يندرج تحته أفراده على وجه الحصر[١].

أما القواعد الفقهية فهى قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات كثيرة لتعلم أحكامها من تلك القواعد، وهى منطبقة على معظم جزئياتها غالبًا.

فالقواعد الفقهية أغلبية وغير مطردة أى أنها يندرج تحتها مجموعة كبيرة من الصور الفقهية، واستثنى من هذه القواعد صور أخرى لمسائل كان من الواجب أن ينطبق عليها عموم القاعدة لكنها أخرجت من هذا العموم وأدرجت تحت قاعدة أخرى على سبيل الاستثناء.

والسبب فى ذلك أن القاعدة لها شبه بالقياس من جمعها لعدد من المسائل الفقهية، والفقيه فى بعض المسائل الفقهية المندرجة تحت ما تشمله أى قاعدة فقهية يخرجها عن الحكم المتضمنة له القاعدة ليدخلها تحت حكم آخر تضمنته قاعدة فقهية أخرى استحسانًا منه وذلك لدرء مفسدة أو تحقيق مصلحة عامة أو يكون تحقيقًا لمقاصد الشريعة، وهذا ما يدفع بعض الفقهاء لإجراء الاستثناء عن عموم بعض القواعد الفقهية فى بعض المسائل الفرعية ومن أجل ذلك كانت القواعد الفقهية غالبية فى شمولها لما ينحصر تحت مدلولها من مسائل جزئية[٢].

وهذه الاستثناءات التى خرجت عن قواعدها، لا تقدح فى أهمية تلك القواعد، ولا تنقص من قيمتها العلمية فى ضبط فروع الأحكام الجزئية العملية، فهى تجمع شتاتها وإن اختلفت أبوابها وموضوعاتها، ولولا القواعد لبقيت الأحكام الفقهية متناثرة، وقد تتعارض ظوهرها إذا بقيت بدون أصول تمسك بها وتجمع بين جزئياتها غالبًا.

وإلى هذا يشير الإمام القرافى بقوله:

«ومن جعل يُخَرِّج الفروع بالمناسبات الجزئية، دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع، واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت[٣].

(١) تعريفات الجرجانى، نقلاً عن القواعد الفقهية دراسة علمية تحليلية مقارنة تأليف لجنة من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ص٥ عام ٢٠٠٤/ ٢٠٠٥م.

(٢) المرجع السابق ص٦.

(٣) الفروق للقرفى ١/ ٣.

فالأمـر الكلى إذا ثبت فتخلف بعض جـزئياته عن مقتـضاه، لا يخرجه عن كـونه كليًا، وأيضا: فإن الغالب الأكثرى معتبر فى الشريعة اعتبار القطعى.

ما يستنتج من تنوع عبارات التعريفات للقاعدة:

أولاً: أن وظيفة القاعـدة هى الكشف عن حكم الجزئيات التى يتحقق فيهـا معنى القاعدة ومناطها.

ثانيًـــا: أن من أهم سمات القاعـدة، العموم والشمول، بحيث تشـتمل على كل فرع أو جزئية يتحقق فيها معنى القاعدة كـاملاً، ولا تقتصر على جزئيات محدودة ولا فروع معدودة، بل هى من السعة والعموم بحيث تشتمل على ما لا يتناهى من الفروع المستحدثة.

ثالثًـــا: أن القاعدة لا بد من أن يكون لهـا مضمون تعبر عنه، ومـوضوع تتناوله، وهو ما صرحت به عبـارة الإمام التفتازانى بقوله: «القـاعدة ما تعرف منها أحكام الجـزئيات المندرجة تحت موضوعاتها».

وهذا ما يعـبر عنه الأصوليـون بمناط القاعدة، فـمناط القاعدة هو مـا ينبغى على الفقـيه التحقق من وجوده فى الجزئية التى يريد تطبيق حكم القاعدة عليها[1].

ولتوضيـح حقيقة القـاعدة نقول: طريق التـعرف على حقيـقة القاعدة أن يجـعل موضوع القاعدة كالأمـر فى مثالنا على جزئى من جزئياته، كأقـيموا الصلاة، فيحصل قضـية صغرى، وتجعل القاعدة قضية كبرى، فيقال: أقيموا الصلاة أمر، والأمر للوجوب حقيقة، تنتج: اقيموا الصلاة للوجوب حقيقة.

وبعبارة أوضح نقـول: إذا أردنا أن نخرج فرعًا على قاعـدة من القواعد الفقـهية علينا أن نأتى بتلك القاعدة على هيئة قضية كليـة، ونجعلها كبرى فى قياس منطقى من الشكل الأول، بأن يكون موضـوع تلك القاعدة مـحمولاً على المـسألة فى الصغـرى ثم نسلك طريق الإنتاج بحذف الحد الأوسط فيحصل المطلوب.

ومثال ذلك:

أننا إذا أردنا أن نثبت النية للوضوء، فإننا نقول: الوضوء عـبادة وكل عبادة تفتقر إلى نية، ينتج أن الوضوء يفتقر إلى نية.

وأيضا: النافـلة من الصلاة عبـادة، وكل عبادة تفـتقـر إلى نية فالنافلة تـفتقـر إلى نية، وهكذا.

---

(١) الموافقات للإمام الشاطبى دار الكتب العلمية، بيروت ٣/ ٣١، ٣٢.

٢- المعنى اللغوى والاصطلاحى للفقه:

المعنى اللغوى للفقه:

لما كانت القواعد الفقهية مقيدة بالفقهيــة فإنه يخرج منها ما ليس فقهيًا كقواعد الحساب، والهندسة، والفلسفــة، وأصول الفقه، فتكون القواعــد الفقهية منسوبة إلى الفــقه وهذا يجعلنا نلقى الضوء على معنى الفقه لغة واصطلاحًا.

أما الفــقه فى اللغة العــربية فأشهــر معانيــه، هو العلم والفهم سواء أكــان فهمًا للأشــياء الواضحة أم كان فــهمًا للأشياء الدقيقة، فــيصح أن يقال: فقهت أن السماء فــوقنا، كما يقال: فقهــت النحو والعروض، فإن كــلا منهما يصح أن يطلق عليــه لفظ الفقه لحصــول الفهم، ثم غلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم(١).

فالفقه هو الــفهم ويطلق على فهم الأشياء الواضحــة كما يتناول فهم الأشياء الدقــيقة قال تعالى فى شأن الكفار: ﴿**فَمَالِ هَؤُلاءِ الْقَوْمِ لا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا**﴾ (النســاء: ٧٨) وقال تعالى على لسان قــوم شعيب: ﴿**مَا نَفْقَهُ كَثِيراً مِّمَّا تَقُولُ**﴾ (هــود: ٩١) فإنه يستفــاد من الآيتين فهم الأشياء الواضحة، فالكفار لا يفهمون أى حديث ولو كان واضحًا وقوم شعيب لا يفهمون قوله مع أن أكثر ما يقوله شعيب كان واضحًا.

وهذا هو المعنى الأول للفقه وهو الراجح.

والمعنى الثانى للفقه فى اللغة، هو: فهم الشىء الدقيق، فالمعنى الأول ينفرد عن المعنى الثانى فى فهم الأشــياء الواضحة كقولنا: فــقهمت أن السماء فوقنا، وينفــرد المعنى الثانى فى فهم الشىء الدقــيق وهو أعم من أن يكون غرضًــا لمتكلم أو ليس غرضــا للمتكلم كفــهم لغة الطير.

المعنى الاصطلاحى للفقه:

كان الفقه فى صدر الإسلام يرادف لفــظ الشريعة، والدين، أى يشمل الأحكام التى تتعلق بالعقيــدة والأخلاق، والعبادات، والمعــاملات، وشاع هذا الترادف حتى وجــدنا أن أبا حنيفة يطلق على علم التوحيد «الفقه الأكبر» ثم طرأ على مدلول الفقه تطور خصصه بأحكام الشريعة العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية وهذا ما عرَّف به الإمام البيضاوى الفقه حيث قال: الفقه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية(٢).

ومعنى هذا أن مــدلول الفقه مــحصور على الأحــكام العملية من العــبادات والمعــاملات

(١) لسان العرب مادة (ف ق هـ) الجزء ١٣ ص١٥٢٢.

(٢) الإبهاج للسبكى ١/ ٢٨، شرح الأسنوى مع شرح البدخشى ١/ ٢٦.

فتخرج من مفهومه الأحكام الاعـتقادية والأخلاقية، وأن هذه الأحكام مأخوذة عن طريق النظر والاجتهاد فى الأدلة الشرعية، فلا يسمى علم المقلدين فقهًا لأنه غير مكتسب عن طريق النظر والاستدلال وأن موضوع الفقه هو أفعال المكلفين مـن حيث مطالبتهم بها إما فعلاً كالصلاة أو تركًا كالغصب أو تخييراً كالأكل.

وهذه القواعد الفقـهية التى نحن بصددها جاءت ثمرة للأحكام الـفقهية الجزئية المـتفرقة يجتهد فقيه مستوعب لهذه المسائل فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط هو القاعدة الكلية التى تحكمها.

٣- معنى القاعدة الأصولية:

القاعدة الأصوليـة هى: قضية كلية يتوصل بهـا الفقيه إلى استنباط الأحكـام الشرعية من أدلتها التفصيلية.

ومن القواعد الأصولية الأمر بعد الحظر تفيد الإباحة(١).

فإن هذه القـاعدة تكشف عن الحكم الشرعى لكثيـر من الأفعال التى خاطب بـها الشارع المكلفين بصيغة الأمر ومنها قوله تعالى ﴿**وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا**﴾ (المائدة: ٢) حيث يفيد فعل الأمر هنا إباحة الصيد بعد التحلل من الإحرام فى قوله تعالى: ﴿**فَاصْطَادُوا**﴾ وقوله تعالى: ﴿**فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانتَشِرُوا فِي الأَرْضِ**﴾ (الجمعة: ١٠) فالأمر بالانتشار فى طلب الرزق جاء بعد النهى عن البيع وقت النداء للصلاة، فيفيد هذا الأمر الإباحة.

ومن القواعد الأصولية قوله ﷺ: «كنت نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها»(٢) فالأمر بزيارة القبور يفيد الإباحة لوروده بعد النهى عنه وحظره.

ومن القواعد الأصولية: «النهى يقتضى الفور والدوام»(٣).

فهـذه القاعدة يتخـرج عليها الكثـير من النصوص التى وردت بصـيغة النهى ومنهـا قوله تعالى: ﴿**وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ**﴾ (البقرة: ٢٢١) حيث إن النهى عن نكاح المشركات يفيـد وجوب الفورية فى الكف عن هذه العـلاقة، والدوام والاستـمرار فى البعـد عنها، إذ لا يتحقق الامتثال إلا بالديمومة والاستمرارية فى الابتعاد عن المنهى عنه.

يقول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**﴾ (المائدة: ٩٠).

فقد ورد النهى فى الآية وهو يفيد وجوب الفورية فى الابتعاد عن هذه الكبائر، والمحافظة على الابتعاد عنها، بالاستمرار على تركها.

(١) البرهان للجوينى ١/ ١٧٨، شرح مختصر الروضة للطوفى ٢/ ٣٧٠.
(٢) صحيح مسلم، باب استئذان النبى ربه عز وجل فى زيارة قبر أمه ٢/ ٦٧٢، الحديث رقم ٩٧٧.
(٣) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ٣/ ٣١٣.

فهذه القواعـد الأصولية يرجع إليها الفقيـه أو المجتهد فى استنبـاط الأحكام الشرعية من أدلتها التـفصيلية بحيث تبنى عليـها المسائل الجزئيـة، وهى أكثر اطرادًا وعمومًـا من القاعدة الفقهية، حيث ترد على القاعدة الفقهية عدة استثناءات تجعل من القاعدة الفقهية أغلبية، وهذا ما لا يوجد فى القاعدة الأصولية التى تتسم بالاطراد والعموم(١).

فهل يكون قول الفـقهاء: (إن قواعد الفـقه أغلبية) ناقض لكلية هذه القـواعد، وقادح فى عمومها؟.

الحقيقـة أن هذا لا ينقض كلية تلك القواعد ولا يقدح فى عمـومها، لأن الأمر الكلى إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجه عن كونه كليًا.

وأيضًا فإن الغالب الأكـثرى معتبر فى الشـريعة اعتبار القطعى لأن المتـخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلى يعـارض هذا الكلى الثابت وهذا شأن الكليات الاسـتقرائية، وإنمـا يتصور أن يكون تخلف بعض الجزئيات قادحًا فى الكليات العقلية فالكلية فى الاستقرائيات صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات(٢).

فالعموم العادى، لا يوجب عدم التـخلف، بل الذى يوجب عدم التخلف إنما هو العموم العقلى لأن العقليـات طريقها البحث والنظر، وأما الشرعـيات فطريقها الاستقـراء، ولا ينقضه تخلف بعض المفردات أو الجزئيات.

ومن ناحية أخرى، فإن تخلف مسألة ما عن قاعدة ما، يلزم منه اندراج هذه المسألة تحت قاعدة أخـرى، فليس استثناء جـزئية من قاعدة ما، بقـادح فى كلية هذه القاعـدة، ولا مخرج لتلك الجزئية عن الاندماج تحت قاعدة أخرى.

٤- الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

من خلال ما سبق، من بيان معنى القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، يتبين لنا أن كلاً من القاعدتين تشتبهـان فى كونهما قضية كلية، ينطبق حكمها العـام على جميع أفرادها، وتتخرج عليها الفروع والجزئيات الفقهية، أو تندرج تحتها قضايا جزئية.

غير أن هذه المشـابهة بين القاعدتين لا يزيل الفروق بينهما، حيث يـجد الدارس اختلافا بين القاعدتين الفقهية والأصولية فى أمور عدة:

أولاً: الاختلاف من حيث الحقيقة:

تختلف حقيقة القاعدة الفقهية من حيث إن القاعدة الفقهية فى حقيقتها بيان لحكم شرعى كلى تتفرع عنه الكثير من الأحكام الجزئية التى ترتبط بالكلى ويتحقق مناطه فيها.

---

(١) سد الذرائع لمحمد هشام البرهانى ص١٥٥.   (٢) الموافقات للشاطبى ٢/ ٥٢، ٥٣ بتصرف.

أما القواعـد الأصولية، فهى ليست بيـانًا لحكم شرعى كلى، وإنما هى قواعد اسـتدلالية لتبين الحكم الشرعى سواء أكان كليًا أم جزئيًا.

فالقواعد الفقهية تعبر عن أحكام شرعـية كلية، والقواعد الأصولية بيان لأحكام استدلالية كلية، يتوصل من خلالها إلى الكشف عن الأحكام الشرعية كليها وجزئيها.

فمثـلا قاعدة «الأمور بمقـاصدها» و «الضرر يزال» و «المشـقة تجلب التيسـير» و «العادة محكمة» و «اليقين لا يزول بالشك» كل هذه القواعد تعبـر عن أحكام فقهية كلية يندرج تحتها الكثير من الجزئيات التى يتحقق فيها معنى الكلى العام.

وذلك بخلاف القـواعد الأصولية مـثل: «الأمر المطلق يفيـد الوجوب» و «النهى المطلق يفيد التحريم» و «العام حجة بعد تخصيصه» و «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب».

فهذه قواعد استدلالية لا أحكام فـقهية كلية، وهى وسيلة للكشف عن الحكم وليس لذت الحكم، ولا تتضمن التعبير عنه أصلاً.

ثانيًا: الاختلاف من حيث المصدر:

إن مصدر القاعدة الأصولية يختلف عن مصـدر القاعدة الفقـهية، إذ أن القـاعدة الأصولية ـ كما يقرر علماء الأصول ـ تستـمد من علوم ثلاثة: علم الكلام، وعلم الفقه، وعلم العربية، فمن هذه العلوم صـيغت القواعد الأصوليـة، قال الآمدى[١]: «وأما مـا منه استمـداد أصول الفقه، فعلم الكلام، والعربية، والأحكام الشرعية».

أما القـواعد الفقهـية فتتنوع مـصاردها، إذ يكون مصدرها نصـًا شرعيًا، سـواء أكان من الكتاب أم السنة، كـما فى قاعـدة: «الضرورات تبيح المـحظورات» فإنها مـستفـادة من قوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ**﴾ (البقرة: ١٧٣).

وقد يكون مصدر القاعدة الفقهية من السنة النبوية كما فى قاعدة: «الأمور بمقاصدها» فإن الأصل فيها قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» وهو حـديث صحيح مشهور، أخرجه الأئمة الستـة وغيـرهم من حديث عمـر بن الخطاب[٢]، وقاعـدة: «اليقـين لا يزول بالشك» فـإنها مستنبطة من نص حديث: «**إذا وجد أحدكم فى بطنه شيئًا فأشكل عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من السجد حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا**»[٣] أى لا ينصرف حتى يتيقن من وجود الحدث، لأن الأصل عدم النقض حتى يقوم ما يرفع هذا الأصل.

---

(١) البرهان فى علوم القرآن لإمام الحرمين ١/ ٧٧/ ٧٨، الإحكام للآمدى ١/ ١٠.

(٢) صحيح البخارى ١/ ٦، كتاب بدء الوحى، والأشباه والنظائر، للسيوطى ص٩.

(٣) صحيح مسلم ١/ ٢٧٦.

فثبت بذلك أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك[١].

وقد يكون مصدرها الإجماع، كقاعدة: «لا اجتهاد مع النص» وقاعدة «الاجتهاد لا ينقص بالاجتهاد» فقد استفادهما العلماء من إجماع الصحابة[٢].

كما يكون مصدرها أيضًا مجـموعة المسائل الفقهية التى تجمعها عـلاقة جامعة بينها مثل قاعدة: «يغـتفر فى البقاء ما لا يغـتفر فى الابتداء»، يأتى ذلك فى إجارة المـشاع، فإن إجارة المشاع فاسدة ابتـداء، ولكن لو أن إنسانا أجر بيتًا ثم استُحقَّ منه قسـم شائع فإن الإجارة تبقى فى الحصة البـاقية على صحتهـا، وكذلك لو أجر البيت كله ثم فسخ الإجـارة فى جزء شائع جازت الإجارة فيما بقى، لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الإجارة.

وقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية، ومسالك الاستدلال القياسى عليها أعظم مصدر لتـقعيد القواعـد، وإحكام صيغهـا بعد استقرار المـذاهب الفقهيـة الكبرى، وانصراف أتباعها إلى تحريرها، وترتيب أصـولها وأدلتها وذلك مثل قاعدة: «المعروف عـرفًا كالمشروط شرطًا» وقاعدة: «الإقرار حجة قاصرة».

ثالثًا: الاختلاف من حيث الأسبقية:

إن القواعد الأصـولية متقـدمة فى وجودها على القـواعد الفقهـية، لأن معرفة الجـزئيات متوقف عـلى وجود القاعدة الأصولـية الاستدلالية، فـمن البدهى أن تكون القاعـدة الأصولية أسبق فى الوجود من القاعدة الفقهية، إذ أن ارتباط القاعدة الأصولية بالقاعدة الفقهية هو ارتباط الدليل بالمدلول، والدليل سابق لمدلوله، ومتقدم عليه[٣].

وبهذا يظهـر أن القواعـد متأخـرة فى وجودها الذهنى والواقـعى عن الفروع لأنهـا جمع لأشتـاتها وربط بينها، وجمـع لمعانيهـا، أما الأصول فالفـرض الذهنى يقتضى وجـودها قبل الفروع، لأنها القيود التى أخذ الفقيه نفسـه بها عند استنتاجه، ككون ما فى القرآن مقدمًا على ما جاءت به السنة، وأن نص القرآن أقوى من ظاهره، وغير ذلك من مسالك الاجتهاد.

وهذه مقدمة فى وجودها على استنباط أحـكام الفروع بالفعل، وكون هذه الأصول كشفت عنها الفروع ليس دليـلاً على أن الفروع متقدمـة عليها بل هى فى الوجود سـابقة والفروع دالة كاشفة كما يدل المولود على والده، وكما تدل الثمرة على الغراس[٤].

---

(١) حاشية النجدى على الروض المربع ١/ ٢٥٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٥.

(٣) سد الذرائـع فى الشريعة الإسـلاميـة لمحـمد هشام الـبرهانى، مطبـعة الريحانى، بـيروت ط. الأولى ١٤٠٦هـ ١٩٨٥م، ص١٥٩.

(٤) ما لك حياته وعصره ـ آراؤه وفقهه، لفضيلة الشيخ محمد أبى زهرة دار الفكر العربى، القاهرة ط الثالثة ١٩٩٧م ص٢٠٦.

رابعًا: الاختلاف من حيث توقف الحكم الشرعى عليها:

يتوقف معرفة الحكم الشرعى للمسائل الجزئية على مـعرفة القاعدة الأصولية وإعمالها فى الأدلة التفصيلية التى تساعد الفقيه على تبين هذا الحكم من دليله التفصيلى.

وهذا يخالف القاعـدة الفقهية حيث لا تتـوقف معرفة الوقائع الجـزئية على الوقوف على القاعدة الفقهيـة، وإنما تظهر أهمية القاعدة الفقهية عند غـياب الأدلة والنصوص الشرعية التى تشمل واقـعة معينة، فيـسترشد بتلك القـواعد إذا كانت تتناول تلك الواقـعة الطارئة بصيغـتها العامة.

وهذا محل نظر واختلاف بين الفقهاء فى حكم الاحتـجاج بالقاعدة الفقهية، فذهب بعض العلماء إلى القول بعدم الاعتداد بالقـاعدة الفقهية والاعتماد عليها فى اسـتخراج حكم فقفهى، وأن استخراج الحكم الفقـهى منها منهج غير سليم، وإنما تعتبر شاهدًا يسـتأنس به ولا يعتمد عليه فى تقرير الأحكام الشرعية، إذ أن فقهاء الشريعة ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد.

ومن ثم فلا يجـوز بناء الحكم على أساس القواعـد الفقهـية، ولا ينبغى تخـريج الفروع عليها، إذ ليس من المعقول أن يجعل مـا هو جامع ورابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع، وإنما هى شواهد يستأنس بها فى تخريج القضايا الجديدة على المـسائل الفقهية إذ لها فائدة كلية فى ضبط المسائل[١].

ومن هؤلاء العلماء القائلين بعدم حجية القاعدة، ابن فرحون[٢].

لكن بعض الفقهاء صرح بمـا يفهم منه القول بحجية القاعدة الفـقهية ومن هؤلاء: الإمام القرافى[٣]، فقد قال بنقض حكم القاضى إذا خالف قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض، وأورد مثالاً على ذلك فقال: لو حكم القاضى بوقوع الطلاق فى المسألة السريجية، فإنه ينقض حكمه، لأنه يخالف القاعـدة المعروفة التى تنص على أنه: «من شرط الشرط إمكان اجـتماعه مع المشـروط» وشرط السريجيـة لا يجتمع مع مـشروطه أبدًا، لأن تقديم الثـلاث يمنع وقوع الطلاق بعدها، فلو قـال الزوج لزوجته: إن طلقتك فأنت طالق قـبله ثلاثًا، فلا يقع الطلاق، وقد أفـتى ابن سريج بعـدم وقوع الطلاق فى هذه الحـالة، لأنه لم يقع مشروطـه وهو تقديم الثلاث.

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلى حيدر، مكتبة النهضة، بيروت ١/ ١٠.

(٢) القواعد، للمقرى، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد ص١٦٦.

(٣) الفروق ١/ ٧٥.

والإمام القرافى بهذا التصريح جعل القاعدة الفقهية فى درجة الحجج القوية التى ينقض لها حكم القاضى إذا حكم بخلافها، وهى النص والإجماع والقياس الجلى بشرط سلامتها عن المعارض، وفى هذا رفع من شأن درجة الاحتجاج بالقاعدة الفقهية.

وهذا يدل على صحة الحكم استنادًا إلى القواعد الفقهية.

أما القواعد الأصولية، فلا غنى عنها حتى مع ورود النص الشرعى، حيث إنها آلة فهم النصوص ووسيلة للوقوف على قصد الشارع من الفروع والجزئيات.

خامسًا: الاختلاف من حيث الاطراد والعموم:

القاعدة الأصولية أكثر اطرادًا وعمومًا من القاعدة الفقهية، حيث ترد على القاعدة الفقهية عدة استثناءات تجعل من القاعدة الفقهية أغلبية، وهذا ما لا يوجد فى القاعدة الأصولية التى تتسم بالاطراد والعموم(١).

فالقواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها، أما القواعد الفقهية فإنها أغلبية، ويكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات وتكون لها مستثنيات.

وهذه المستثنيات إنما خرجت من قواعدها لكونها أَلْيَقُ بالاندراج تحت قواعد أخرى، مثل قاعدة «الأمور بمقاصدها» فإنه يستثنى منها قتل الوارث لمورثه لاستعجال الإرث، فإننا نعامل الوارث هنا بنقيض مقصوده لا بمقصوده كما تقول القاعدة، وذلك لأن هذا الفرع أولى بالدخول تحت قاعدة: «من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه».

سادسًا: الاختلاف من حيث قوة الحجية:

يرى الباحثون فى علم القواعد الفقهية أنه لا يصح الاستناد إلى القاعدة الفقهية وحدها لتبين الحكم الشرعى، إذ لا تنهض وحدها دليلاً معتبرًا يكشف عن الحكم للواقعة الجزئية، ما لم تعتضد بدليل آخر يسندها.

وفى هذا يقول الحموى نقلاً عن ابن نجيم: «إنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط، لأنها ليست كلية، بل أغلبية(٢).

وذكره على حيدر فى شرح مجلة الأحكام العدلية بقوله: «فحكم الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح، لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد»(٣).

وهذا يعنى أن القواعد الفقهية تعتبر دليلاً شرعيًا يمكن استنباط الأحكام منها إذا كان مصدرها الكتاب والسنة إذ الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها، وذلك مثل قاعدة:

---

(١) سد الذرائع لمحمد هشام البرهانى ص١٥٥.
(٢) غمز عيون البصائر للحموى ١/ ٣٧.
(٣) درر الحكام لعلى حيدر ١/ ١٠.

«المشقة تجلب التيسـير» فإن مصدرها قول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحج: ٧٨) فحينئذ يمكن الاستناد إليها فى اسـتنباط الأحكام، وإصدار الفتاوى وإلزام القضاة بناء على كـونهـا معـبرة عن دلـيل شرعى، ومـثل ذلك: «لا ضـرر ولا ضرار» أو «الخـراج بالضـمان»[1] ففى مثل هذه الحالات ترتبط فيـه القاعدة بالنص الشرعى، وتكون ذات عنصر إلزامى، وترتقى إلى مستوى الحجة عند الاستدلال».

ومرد عدم إلزاميتها وكفايتها فيما عدا ذلك.

أما القاعدة الأصولية: فهى من الحجيـة والقوة فى الاستدلال، بحيث يمكن للمجتهد أن يلجأ إليها دون تردد فى استنباط الحكم الشرعى من دليله التفصيلى، فالقواعد الأصولية ليست مجرد قواعد استثنائية، إنما هى قواعد إلزامية استدلالية، فهى على عكس القواعد الفقهية التى تخـدم المقـاصد الشـرعيـة العـامة والخـاصة وتمـهد الـطريق للوصول إلى أسـرار الأحكام وحكمها[2].

على أن هذه الفروق قد تتلاشى فى بعض القواعد، حين تجـمع القاعدة بين كونها قاعدة أصولية، وقاعدة فـقهية فى آن واحد، مثل قاعدة: «الأصل فى الأشـياء الإباحة» وقاعدة: «لا ينسب لساكـت قول» وقاعـدة: «ما لا يتم الواجب إلا به فهـو واجب» وقاعـدة: «القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟» وقاعـدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» حيث إنها قواعد فـقهية من حيث تعـبيرها عن حكم فقهى كـلى وهى قواعد أصولية من حـيث اتصالها بقاعدة من قواعد الأصول.

٥- الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة المقصدية:

المعنى اللغوى والاصطلاحى للمقاصد:

المعنى اللغوى:

يطلق القصد فى اللغة على معان كثيرة من أهمها:

استقامة الطريق ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ﴾ (النحل: ٩) أى على الله تبين الطريق المستقيم، والدعاء إليه بالحجج والبراهين الواضحة.

وقد يطلق القصد على الاعتماد والأَمّ، تقول: قصـده يقصده قصداً بمعنى سار إليه واتجه

---

(١) أخرجه أحمد ٦/ ٨٠، وسنن الترمذى، باب ما جاء فيمن يشتـرى العبد ويستغله ثم يجد فيه عيبا ١٣/ ٥٨١، ٥٨٢، الحديث رقم ١٢٨٥، ١٢٨٦، وسننن ابن حـبان باب خيار العـيب ١١/ ٢٩٨ الحديث رقم: ٤٩٢٧.

(٢) القواعد الفقهية للشيخ على الندوى ص٧١.

نحوه، وهذا المعنى هو الأكثر استعمالاً فى كلام الفقهاء والأصوليين، ومنه قولهم: «المقاصد تغير أحكام التصرفات، والمقاصد معتبرة فى التصرفات»[(١)].

المعنى الاصطلاحى للمقاصد:

لم يحرص السابقون من الأصوليين والفقهاء على وضع تعريف اصطلاحى للمقاصد بل اكتفوا ببيان وجوه المصالح التى تحققها الأحكام وتقيمها فقالوا: إن الشارع قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية فى العاجل والآجل معًا[(٢)].

وأما الباحثون المعاصرون فقد عرفوا المقاصد الشرعية بتعريفات كثيرة ويمكن على ضوئها تعريف مقاصد الشريعة بأنها: الأهداف والغايات التى وضعت الشريعة لأجل تحقيقها عند كل حكم من أحكامها[(٣)].

ويفهم من هذا التعريف أن مقاصد الشريعة هى: الغايات والأسرار التى وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها، فإن هذا التعريف قد جمع بين المقاصد العامة والمقاصد الخاصة فى الشريعة، فالمقاصد العامة هى الغايات المصلحية العامة التى يهدف الشارع إلى تحقيقها فى أغلب - أو كل - أبواب الشريعة، والمقاصد الخاصة هى الغايات المصلحية العامة التى يهدف الشارع إلى تحقيقها فى مجال تشريعى محدد كأحكام الأسرة والقرابة والمصاهرة إلى غير ذلك من المقاصد الجزئية المرعية فى بعض الأحكام أو طائفة منها[(٤)].

تعريف القاعدة المقصدية:

القاعدة المقصدية هى: ما يعبر به عن معنى عام مستفاد من أدلة الشريعة المختلفة اتجهت إرادة الشارع إلى إقامته من خلال ما بنى عليه من أحكام[(٥)].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن مآلات الأفعال معتبرة ومقصودة شرعًا: فالشارع لا يقصد بالتكاليف الشرعية الإضرار بالناس بل مقصود الشارع تحقيق المصالح ودفع المفاسد فى العاجل والآجل معًا[(٦)]، والمصالح والمفاسد راجعة إلى خطاب الشارع.

والأمثلة على ذلك كثيرة مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ

---

(١) إعلام الموقعين ٣/ ٩٨، الموافقات للإمام الشاطبى ١/ ٩٨.

(٢) الموافقات (٢/ ٤، ٢٥٠) (٣/ ٢٨) (٤/ ١٤١).

(٣) مقاصد الشريعة ومكارمها للأستاذ علال الفاسى دار الغرب الإسلامى ط الخامسة ١٩٩٣م، ص٧.

(٤) مقاصد الشريعة لابن عاشور ص١٥٥.

(٥) قواعد المقاصد، للدكتور عبد الرحمن إبراهيم الكيلانى ص٥٥.

(٦) الموافقات ٢/ ٤.

عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (البقرة: ١٨٣) وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ﴾ (البقرة: ١٧٩) وقوله تعالى: ﴿وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ (الأنعام: ١٠٨).

فهذه النصوص ترشـد إلى أحكام النظر إلى المآل عند بيان الحكم، مما يشيـر إلى اعتبار ذلك المآل وتوجه القصد إليـه، فمقصود الشارع التكليف بما فيه كلفـة ومشقة ما ، ولكنه لا يقصد نفس المشقة، بل يقصد ما فى ذلك من المصالح العائدة على المكلف فى المآل.

الفرق بين القاعدة المقصدية والقاعدة الفقهية:

فالقـاعدة الفقهيـة هى قضية كـلية تعبر عن حكم عـام يتعرف بها أحكام الجـزئيات التى يتحقق فيها مناط هذا الـحكم العام، وهذه السمة الكلية نجدها متحققـة فى القاعدة المقصدية لأن من سمات القاعدة كقاعدة، أن تكون كلية فى تناولها للجزئيات الداخلة تحت موضوعها، وإلا لم تستحق وصفها بالقاعدة وأن غايتها فى النهاية واحدة، وهى الوقوف على حكم الشرع فى الوقائع والمستجدّات وفق ما أراده الشارع وابتغاه، فكلا القاعدتين فى النهاية وسائل تسعف المجتهد، لتبين الحكم الشرعى الذى خاطب به الله تعالى المكلفين فيما لا نص فيه بعينه[١].

فالغـاية النهائية من القاعـدة الفقهـية «المشقـة تجلب التيسـير» متفـقة انتهاء مع القـاعدة القمصدية التى ذكرها الشاطبى بقوله: «لا يقصد الشارع التكليف بالشاق من الأعمال»[٢] ذلك أن كلا من هاتين القاعدتين تؤول فى نهاية الأمر إلى إعانة المجتـهد أو الفقهيه لمعرفة الحكم الشرعى فيما يتحقق فيه مناطها، والكشف عنه.

وهذا هو وجه الصلة بين القاعدة المقصدية، والقاعدة الفقهية أما الفرق بينهما فيظهر فيما يلى من المحاور:

الأول: من حيث الحقيقة:

فإن حقيقة كل منهما تختلف عن حقيـقة الأخرى من حيث إن القاعدة الفقهية بيان لحكم شرعى كلى، تندرج تحته كثير من الأحكام الجزئيـة التى يتحقق فيها مناط ذلك الكلى العام، وحقيقة القاعدة المقصدية إنما هى بيان للحكمة التى قصد إليها الشارع من تشريع الحكم.

والفرق بين الحكم والحكمة ظاهر، فإذا كانت القاعدة الفـقهية تعبيرًا عن الحكم الكلى، فإن القاعدة المقصدية تعبير عن الحكمة والغاية، فـمثلاً قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وهى قاعدة فقـهية تقرر حكمًا كليًا مفـاده أن الجهد غير المعتـاد يكون سببًا للتيسيـر والتسهيل على

(١) قواعد المقاصد ص٦٧، ٦٨.

(٢) الموافقات ٢/ ٩٣، ٩٨.

المكلف، ولا تلتفت هذه القاعدة إلى مقصد التخفيف على المكلف، كما لا تعبِّر عن غاية هذا الحكم الكلى وحكمته.

بخلاف القاعدة المقصدية مثل قاعدة: «إن مقصود الشارع من مشروعية الرخص، الرفق بالمكلف من تحمل المشاق»[١] فإنها زاخرة ببيان غاية التيسير على المكلف.

وقرر العلماء تبعًا لذلك أن الحرج مرفوع عن هذه الأمة لسببين:

أحدهما: خوف الضرر أو الملل، أو بُغض الطاعة وكراهيتها.

والثانى: خوف تعطيل الأعمال الأخرى، والتقصير فيها.

ثانيا: من حيث الحجية والمكانة:

بالنسبة للقاعدة الفقهية، فإن الفقهاء استندوا إلى نصوص كثيرة قرروا من خلالها أنه لا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد، ولا ينبغى تخريج الفروع عليها، إذ ليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلا من أدلة الشرع، ومن أجل ذلك يقول الحموى: «إنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط، لأنها ليست كلية، بل أغلبية»[٣].

ويقول على حيدر فى شرح مجلة الأحكام العدلية للقواعد الفقهية: «حكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد، إنما هى شواهد يستأنس بها فى تخريج القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة، إذ لها فائدة كلية فى ضبط المسائل»[٤].

أما بالنسبة للقاعدة المقصدية، فقد بين الإمام الشاطبى مكانتها فى معرض بيانه لأنواع العموم فقال: «العموم إذا ثبت، فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل يكون له طريقان:

الأول: الصيغ إذا وردت، وهو المشهور فى كلام أهل الأصول.

والثانى: استقراء مواقع المعنى، حتى يحصل منه فى الذهن أمر كلى عام، فيجرى فى الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ[٥]، وهذا الطريق الثانى هو الطريق الذى حصلت به القواعد المقاصدية المختلفة، ولذلك كانت أصلاً معنويّا بارعًا وأسلوبًا يعتمد عليه فى الاستقراء لاقتناص هذه المعانى، فإن المعنى العام كالنص العام سواء بسواء من حيث القوة والاعتبار، وصلاحيته فى الاستدلال، والإمام الشاطبى يرى أن هذا المعنى العام إذا ثبت

---

(١) الموافقات ١/ ٢٥٥.

(٢) المرجع السابق ٢/ ١٠٤، ١٠٥.

(٣) غمز عيون البصائر ١/ ٣٧.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ١٠.

(٥) الموافقات ٣/ ٢٢١.

بالاستقـراء الصحيح نهضت به أدلة كـثيرة، واستغنى به المـجتهد عن النصـوص الخاصة فى النوازل التى تقع حيث يقول: «إنه إذا تقرر عند المجتهد اعتـبار عموم المعنى ثم استقرأ معنى عـامًا من أدلة خـاصـة، واطرد له ذلك المعنى، لـم يفتـقر بعـد ذلك إلى دليل خـاص على خـصوص نازلة تعن، بل يحكـم عليهـا، وإن كانت خـاصة بالـدخول تحت عـموم المـعنى المستقـرى من غير اعتبار بقياس أو غـيره، إذ صار ما استقرى من عمـوم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه»[1].

فظهر أن القـاعدة المقصـدية تختلف عن القاعدة الفـقهية من حـيث المرتبة والاعـتبار، وإمكانية الاستدلال لها كدليل مستقل.

وهذا لا يمنع أن القواعد الفقهيـة التى تستند على دليل خاص ورد فى شأنها أن تكون لها حجية فى استنباط الأحـكام الشرعية منها إذ الاحتجاج بها نابع من الاحتـجاج بأصلها كقاعدة «الخراج بالضـمان» حيث وردت فى سياق حـديث لرسول الله ﷺ[2]، وقـاعـدة: «جناية العـجمـاء جبـار»[3] حيث وردت فى مـعرض قول لرسول الله ﷺ: «العـجماء جرحـها جبار»[4] فمثل هذه القواعد لا ينطبق عليها الفـرق السابق، نظرًا لقوة مستندها، والذى يتمثل فى الحديث الشريف المصرح بالقاعدة نصًا.

ثالثا: من حيث الأهمية والاعتبار:

لما كانت القاعدة الفـقهية تعبر عن حكم شرعى كلى، والقاعدة المقـصدية تعبر عن غاية تشريعية عامة، وكانت الأحكام هى وسائل إقامة المقاصد وطرق تحقيقها، ترتب على ذلك أن تكون القاعدة المقصـدية أعلى مرتبة من القاعدة الفقهية، لأن الغـايات مقدمة على الوسائل، والقاعدة الفقهية تعبر عادة عن حكم، والقاعدة المـقصدية تعبر عن غاية، وأن القواعد الفقهية ذاتها تنص صراحة على أن: «مـراعاة المقاصد مقدمة على رعـاية الوسائل أبدًا» وصرح الإمام القرافى بذلك فقال: «إن الوسائل أخفض من المقاصد فى حكمها»[5].

وبناء على هذا، فإن مـراعاة القواعد التى تحـقق مقاصد الشرع وغـاياته تكون بالضرورة مقدمة على مراعاة القـواعد الفقهية التى تحقق وسائل إقامة هذه المقـاصد الشرعية من تشريع

---

(١) الموافقات ٣/ ٢٢٥، ٢٢٦.

(٢) سنن النسائى باب الخراج بالضمان ٧/ ٢٥٤ الحديث رقم ٤٤٩٠.

(٣) شرح المجلة على حيدر ١/ ٨٣، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٥٧.

(٤) صحيح مسلم باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار ٣/ ٣٣٤ الحديث رقم ١٧١٠.

(٥) الفروق ٢/ ٦١.

الأحكام، وكما هو معلوم فإن الغاية مقدمة على الوسيلة، فالوسيلة ما هى إلا خادم للمقصد[١].

رابعاً: من حيث الاختلاف والاتفاق على مضمونها:

القواعد الفقهية ليست على درجة واحدة، من حيث اتفاق الفقهاء على ما تضمنته من حكم كلى، إذ أن القواعد الفقهية قسمان:

- قسم مسلم به: وهو محل اتفاق واعتبار من جميع الفقهاء، كالقواعد الكلية الخمس وهى: «الأمورز بمقاصدها»، و «اليقين لا يزول بالشك» و «العادة محكمة» و «الضرورات تبيح المحظورات» و «المشقة تجلب التيسير» وغيرها من القواعد الأخرى التى لم يجر اختلاف فى اعتبارها والاعتداد بها مثل قاعدة: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»[٢] و «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»[٣].

- وقسم آخر من القواعد الفقهية: هو موضع اختلاف ونظر بين الفقهاء، فبعضهم اعتبرها وبنى عليها، وفرع على أساسها، وآخرون لم يعتبروا مضمونها، ولا الحكم الذى عبرت عنه، ومن ذلك على سبيل المثال قاعدة: «الأجر والضمان لا يجتمعان»[٤].

فقد قررت هذه القاعدة: أن بدل المنفعة وهو الأجر لا يجتمع هو والغرامة لقيمة شىء أو نقصانه وبناء على ذلك قال الحنفية: إن من غصب دابة فهلكت، وكانت تستعمل للأجرة، فإن الغاصب لا يضمن سوى قيمتها، ولا أجرة عليه، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان[٥].

وخالف فى ذلك الشافعية والحنابلة حيث قالوا بأنه متى كان للمغصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه فى يده، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب، إذ لم يعملوا بقاعدة: «الأجر والضمان لا يجتمعان»[٦].

ولما كانت القواعد الفقهية ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء فإن الإمام الونشريسى صاغ كثيرا من القواعد الفقهية على صيغة استفهام، مبينًا أنها ليست محل اتفاق بين الجميع، ومن ذلك قوله:

- الموجود شرعًا، هل هو كالموجود حقيقة[٧]؟.

---

(١) قواعد المقاصد للدكتور عبد الرحمن إبراهيم الكيلانى ص٧٢.

(٢) المنثور للزركشى ١/ ٣٠٩، الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٢١، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢٤.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) شرح المجلة لعلى حيدر ١/ ٧٨، ٧٩، شرح القواعد للزرقا ص٤٣١.

(٥) المبسوط ١١/ ٧٧.

(٦) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ٢/ ٢٨٦، المغنى والشرح الكبير ٦/ ١٦٢.

(٧) ايضاح المسالك ص١٤١.

- انقلاب الأعيان، هل له تأثير فى الأحكام أو لا[١]؟.
- الظن، هل ينقض بالظن أو لا[٢]؟.
- الواجب، الاجتهاد أو الإصابة[٣]؟.
- نوادر الصور، هل يعطى لها حكم نفسها أو حكم غالبها[٤].

فهذه القـواعد ليست محل اتـفاق بين الفقهـاء مما حدا بالونشـريسى أن يصوغها بصـيغة الاستفهام مبينًا ما يترتب عليها من اختلاف عملى.

أما بالنسبة للقواعد المقاصدية، فإن لها من المكانة والاعتبار ما يجعلها صنواً للنص العام سواء بسواء من حيث إلزام المجـتهد باتباع مضمونها، والالتزام بمعناه إذ صـار ما استقرى من عمـوم المعنى كالـمنصوص بصيـغة عامـة ومن ثم فلا يحتـاج المجـتهد إلى صـيغة خـاصة بمطلوبه[٥].

وإذا ما وجدنا بعض الفقهاء يخالف معنى إحدى هذه القواعد المقاصدية فى مسألة جزئية فليس معنى ذلك، أن هذا الفقيه، لا يعتبر تلك القاعدة فى الاستدلال، وإنما يرجع الأمر إلى عدم تحقق مناط القاعدة المقصدية فى تلك الواقـعة الجزئية، فيكون عدم تطبيق القاعدة راجع إلى عدم تحقق مناطها، وفق نظر ذلك الفقيه فى الواقعة الجزئية.

ومن أمثلة ذلك:

أن الشافعى ﷺ إذ قال بجواز بيع العينة، الذى هو عـقد فى صورة بيع لاستحلال الربا، لم يقل بجوازه إهمالاً منه لقاعدة: «النظر فى المآل معتبر ومقصود شرعًا»[٦] وإنما مرد ذلك وسبـبه أنه لا يرى مناط هذه القاعـدة قد تحقق فى تـلك المسألة، أو أنه عـرض له دليل آخر وجده أكثر تصرفًا ببيع العينة، وتناوله لها وكشفا عن حكمها، من تلك القاعدة[٧].

وإذًا تكون القواعد المقاصدية نظرًا لكثرة تأكدها وانتشارها فى أبواب الشريعة على كثرتها واختلاف موضوعاتها لا يسع الفقيه مخالفتها ولا إهمالها أو عدم الاعتداد بها.

وبهذا فقد وضح الفرق بين القاعدة المقاصـدية والقاعدة الفقهية، ومن الأهمية بمكان أن نشير هنا إلى أن هناك بعض القواعد الفقهية تعتبر عند التحقيق قواعد مقاصدية ومنها:

قــاعــدة: «درء المفاسد مـقدم على جلب المصالح» وقاعدة: «إذا تعـارضت مفسدتان

---

(١) إيضاح المسالك ص٤٢.
(٢) نفس المرجع ص١٤٩.
(٣) نفس المرجع ص١٥١.
(٤) نفس المرجع ص٢٥٦.
(٥) الموافقات للشاطبى ٣/ ٢٢٦.
(٦) الموافقات ٤/ ١٤٠.
(٧) يراجع: كتاب الأم للشافعى ٢/ ٢٠١.

روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهمـا» والقواعد التى توجب إزالة الضرر ورفعه، مثل: «لا ضرر ولا ضرار».

فمثل هذه القـواعد، وإن كانت قد أدرجت ضمن القواعـد الفقهية إلا أنها عند التـحقيق نجدها ذات صبغة مقصدية من حيث إنها تكشف لنا عن قصد الشرع فى كيفية إقامة المصالح، واعتماده مبـدأ الموازنة بينها عند التعارض وذلك إضافة إلى كونها تسـتند إلى أدلة كثيرة ترشد إليهـا وتنهض بهـا، الأمر الذى يجـعلها فى رتبـة العموم الـمعنوى، الذى تمـتاز به القـاعدة المقصدية[١].

٦- الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهى:

تعريف الضابط لغة واصطلاحاً:

الضـابط فـى اللغـة: الحبس والحـصر والقوة، مأخـوذ من الضبط الذى هو لزوم الشىء وحبـسه، وحفظه، والضـبط إحكام الشيء وإتقانه، ومنه ضـبط الكتاب ونحـوه بمعنى أصلح خلله[٢].

وأما الضابط اصطلاحا: فهو ما انتظم صوراً مـتشابهة فى موضوع واحد من أبواب الفقه، يكشف عن حكم الجزئيات التى تدخل تحت موضوعه[٣].

فالضابط ينتظم صوراً متشابهة فى موضوع واحد ومثال ذلك:

- شعر الحيوان فى حكم المنفصل عنه لا فى حكم المتصل[٤].
- كل شىء خـرج من الأرض قل أو كثـر ممـا سقت السـماء، أو سـقى بالعيـون ففـيه العشر[٥].
- كل ما يشك فى نجاسته فحكم الأصل الأخذ بطهارته[٦].
- التحريم مغلب فى الأبضاع[٧].

---

(١) يراجع: قواعـد المقاصـد عند الإمام الشـاطبى للدكتور عـبد الرحمن الـكيلانى ص٦٧، ٦٤ ويراجع: الاجتهاد لا ينقض بالاجتـهاد رسالة ماجستير أعـدتها الباحثة ماريا نوفيتا أمـير زين كلية البنات بالقاهرة عام ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م ص٣٠ وما بعدها.

(٢) المعجم الوسيط ١/ ١٥٥٣، لسان العرب ٧/ ٣٤١.

(٣) قواعد المقاصد لعبد الرحمن الكيلانى ص٤٢.

(٤) القواعد لابن رجب القاعدة الثانية ص٥.

(٥) كتاب الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام ص٥٧٩ دار الفكر، بيروت ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

(٦) غياث الأمم فى تياث الظلم للإمام الجوينى ص٢٧٩ دار الدعوة إسكندرية.

(٧) المرجع السابق ص٣٠٦.

فهذه ضوابط فقـهية، صيغت صياغة كليـة، تتناول جزئيات متعددة غير أنهـا تقتصر على باب واحد بعضها متعلق بالحيوان، وآخـر متعلق بما يجب فى الزروع والثمار، وثالث متعلق بالوكالة، ورابع بالطلاق، وخامس متعلق بالماء، فـهى ليست م الكلية والشمول بحيث تتناول جزئيات كثيرة من أبواب شتى كما هو الشأن فى القاعدة ولكنها من باب واحد.

ومعنى هذا أن جزئيات القاعدة منتشرة فى أبواب الفقه المدونة وفيما يستجد من الحوادث إلى ما لا نهاية، أما الضابط فيجمعها من باب واحد.

ومن نماذج الضابط فى مجال السنة الشريفة ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»[1] فهذا الحديث يمثل ضابطًا فقهيًا فى موضوعه يغطى بابًا مخصوصًا وهو طهارة الجلود المدبوغـة ظاهرًا وباطنًا ومن ثم فيجوز بيعه، لأن المانع من بيعه كان لنجاسته وقد زالت بالدبغ وهذا عند الإمام الشافعى وأبى حنيفة رضي الله عنهما.

والإمـام الدبوسـى قـد أورد بعض الضـوابط وعـبـر عنهـا بالأصل ومـن ذلك قـوله: «الأصل... أن صلاة المقتـدى متعلقة بصلاة الإمام، ومعنـى كونها متعلقة أنها تفـسد بفساد صلاة الإمـام وتجوز بجـوازها» ويدل عليـه قول الرسـول ﷺ: «الإمام ضامن، والـمؤذن مؤتمن»[2].

وعند الإمام الشافعى أن صلاة المقتدى غير متعلقة بصلاة الإمام[3].

ومثل قـولهم: «إن المُحْـرم إذا أخر النسك عن الوقت المـؤقت له أو قدمـه لزمه دم»[4] وهذا عند أبى حنيفة.

ومن ثم تختلف الضوابط الفقهية عن القواعد الفقهـية، فإن مجال الضوابط الفقهية أضيق من مجال القواعد الفـقهية، إذ أن نطاقها لا يتخطى الموضوع الـفقهى الواحد الذى يرجع إليه بعض مسائله، والقاعدة تجمع فروعًا من أبواب شتى والقاعدة لا تختص بباب واحد، بخلاف الضابط، والقاعدة فى الأعم الغالب متفق عليـها بين المذاهب أو أكثرها، وأن الضابط يختص بمذهب معين إلا ما ندر، بل منه مـا يكون وجهة نظر فقيه معين فى مذهب مـعين قد يخالفه فيه فقهاء آخرون من نفس المذهب.

ثم إن القاعدة أمر كلى مبنى فى الأغلب على دليل، وأما الضـابط فهو أمر كلى لا يعتمد على دليل وحيث وجد دليل للضابط فيكون قاعدة.

---

(١) سنن الترمـذى، كتاب اللباس باب مـا جاء فى جلود الميتـة إذا دبغت ٤/ ٢٢١ رقم ١٧٨٢ وقال: هذا حديث حسن صحيح، سنن البيهقى الكبرى ١/ ١٦ الحديث رقم: ٤٩.

(٢) سنن الترمذى باب ما جاء فى الإمام ضامن ١/ ٤٠٢ الحديث رقم: ٤٩.

(٣) تأسيس النظر للدبوسى ص٥١، ٥٢.

(٤) المرجع نفسه ص٨.

قال السبكى: والغالب فيما اختص بباب، وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطًا[١]، وعلى هذا تفترق القواعد الفقهية عن الضوابط الفقهية من حيث إن القواعد الفقهية أعم وأشمل من حيث جمع الفروع وشمول المعانى ومن حيث إن القاعدة الفقهية أكثر شذوذًا من الضابط لأن الضابط يضبط موضوعًا واحدًا، فلا يتسامح فى الضوابط بشذوذ كثير[٢].

٧- الفرق بين القاعدة والنظرية:

المعنى اللغوى والاصطلاحى للنظرية:

النظرية معناها فى اللغة، يرجع إلى النظر وهو حِسُّ العين، وقد يرجع إلى التأمل بالعين، وإلى إعمال الفكر والتدبر، فإذا قلت: نظرت إليه، لم يكن إلا بالعين، وإذا قلت: نظرت فى الأمر، احتمل أن يكون تفكر فيه وتدبر بالقلب.

والنظر الفكر فى شيء تقدره وتقيسه ومنه المناظرة بمعنى أن تناظر أخاك فى أمر تناظرتما فيه معًا، والناظر الحافظ، والنظرة الرحمة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ (آل عمران: ٧٧) أى لا يرحمهم، والتناظر التزاود فى الأمر، والنظر المثل والنظائر جمع نظيرة وهى المثل والشبه فى الأشكال والأخلاق والأفعال[٣].

وأما النظرية اصطلاحًا فهى كما جاء فى المعجم الفلسفى: «أن النظرية فرض علمى يربط عدة قوانين بعضها ببعض ويردها إلى مبدأ واحد يمكن أن نستنبط منه حكمًا أو أحكامًا وقواعد»[٤].

والنظريات الفقهية يعبر عنها بأنها: الدساتير والمفاهيم الكبرى التى تؤلف كل منها على حدة نظامًا جامعًا لأحكام جزئية فى موضوع واحد منبثًا فى الفقه كانبثاث القوة العصبية فى نواحى الجسم الإنسانى، وتحكم عناصر ذلك النظام فى كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه[٥].

فيكون مرد النظرية العلم بجملة أحكام فرعية يجمعها معنى واحد مشترك لموضوع يتم

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكى ١/ ١١.

(٢) القواعد الفقهية لعلى الندوى ص٥١.

(٣) لسان العرب ٥/ ٢١٥ وما بعدها، القاموس المحيط ٢/ ١٤٤ فصل النون باب الراء، المصباح المنير ٢/ ١٢٠، مختار الصحاح ص٦٦٦.

(٤) تصنيف جماعة من العلماء ص٢٥٣ نقلاً عن كتاب القواعد الفقهية للدكتور على الندوى ص١٥٣.

(٥) المدخل الفقهى العام لمصطفى الزرقا ١/ ١٢٣٥.

بحثه، فتكون النظرية ثمرة لأحكام فقهية متفرقة أمكن تتبعها، والربط بين جزئياتها برباط واحد فى نظرية تجمعها.

وقد يكون مـردها منطوق حديث جامع لأحكام جـزئية مثل قـوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

إذًا تكون النظرية الفقـهية ما هى إلا مـجموعة أحكام ثابتـة مستمدة من كـتاب الله وسنة رسول الله ﷺ، وهذه الأحكام لا تقبل التغيير بذاتها، ولا يشـوبها نقصان ولا يعتريها نقد، لأنها مستنبطة من التشريع السماوى الذى لا يتغير ولا يتبدل فهو صالح لكل زمان ومكان[(١)].

وقد عـرف الشيخ أبو سنة النظـرية بأنها: مفـهوم كلى يتـألف من نظام متكامل مـتناسق يتحكم فى جميع ما يتصل بموضوعه[(٢)].

وبهذا، تفترق النظرية الفقهية عن القاعدة الفقهية، فالنظرية يشترط لقيامها أن تشمل جانبًا كبيرًا من الفقه بأركان وشروط وأحكام خاصة.

أما القاعدة الفقهية فهى ضابط فقهى يشتمل على حكم أغلبى ينطبق على معظم جزئياته.

ومن ثم يمكن استخلاص الاختلاف الأساسى بينهما فى أمرين:

١- القاعدة الفقـهية: تتضمن حكمًا فـقهيًا فى ذاتها، وهذا الحكم الذى تتضـمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحـتها فقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» تضمنت حكمًـا فقهيًا فى كل مسألة اجتـمع فيها يقين وشك، وهذا بخلاف النـظرية، فإنها لا تتضمن حكمًا فـقهيًا فى ذاتها كنظرية الملك، والفسخ، والبطلان.

٢- القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركـان وشروط، بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك.

فمثلاً: نظرية الإثبات فى الفقه الجنائى الإسـلامى تألفت من عدة عناصر، وهى: حقيقة الإثبات، الشهادة، شـروط الشهادة، كيفية الشـهادة، الرجوع عن الشهادة، مسـئولية الشاهد، الإقرار، الخبرة، معلومات القاضى، الكتابة، اليمين، القسم، اللعان.

فهذا مثال للمنهج الجديد الذى يسلكه المـؤلفون فى النظريات العامة فى تكوينها، إذ كل موضـوع عنصر من عناصـر هذه النظرية وتندرج تحتـه فصـول والرابط بينهمـا علاقة فـقهـية خاصة[(٣)].

---

(١) المدخل للفقه الإسلامى للدكتور محمد سلام مدكور ص١٨٧.

(٢) النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلاميـة للشيخ أحمد فهمى أبو سنة ص٤٤ طبعة دار التأليف بالقاهرة ١٩٦٧م.

(٣) القواعد الفقهية للشيخ على الندوى ص٦٣، ٦٤.

ومن ثم فإن النظرية العامة غـير القواعد الكلية فى الفقـه الإسلامى فإن النظرية أشمل من القاعـدة. والقواعد بالنسبـة إلى تلك النظريات بمثابة الضـوابط، وقد ترد قاعدة بين القـواعد الفقهية ضابطًا بناحية من النواحى فى تلك النظريات.

فمثلاً قـاعدة: «العبرة فى العقود بالمـقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمـبانى» ليست سوى ضابط فى ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد.

ويمكن أن تدرج مجموعة من القواعد الفقهية التى تختلف فى فروعها وجزئياتها وآثارها، ولكنها تتسم بصفة عامة ومزايا مشتركـة فى موضوعها العام تجعلها تحت نظرية معينة، ومنها على سبيل المثال القواعد التالية: «العادة محكمة» و «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» و «لا ينكر تغير الأحـكام بتغير الزمان» و «إنمـا تعتبر العادة إذا اطـردت أو غلبت» و «المعروف عرفًا كالمشروط شرطا» و «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» و «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص».

فهذه مجموعة من القواعد الفقهية المعروفة يمكن أن نضعها جميعًا تحت عنوان: «نظرية العرف» لما هو ملاحظ من أن العرف هو الطابع العام الغالب على تلك القواعد.

ولهذا فـإن الباحث فى النظرية لا يستـغنى عن القواعد الفـقهية لتـأصيل مبدأ من مـبادئ النظرية التى يبـحث فيهـا، فمن يكتب فى نظرية العـقد يحتـاج لقاعدة: «الـعبرة فى العـقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى».

ومن هنا ندرك أن القاعدة توظف لخدمة النظرية دون العكس.

٨- الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية:

مدلول القاعدة القانونية:

القاعدة القانونية فى اصطلاح علمـاء القانون: هى الوحدة التى يتكون منها القانون، على أساس أن القانون هو مجموعة من القواعد التى يطلق على كل منها «القاعدة»(١).

وعرفها بعضهم الـقاعدة القانونية بأنها قاعدة: تنظم الروابط الاجتمـاعية التى تقسر الدولة الناس على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء.

والقاعدة القانونية لها سمات لا بد منها لتحـققها منها ما هو من أركانها ومنها ما هو دون ذلك، وبهذه السمات تتميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد، وهذه السمات هى:

١- أن القاعدة القانونية تنظم شئون المجتمع فيما يتعلق بسلوك الناس الخارجى، وتحكم

---

(١) المدخل لدراسة القانون للدكتور أحمد سلامة ص٢٢، مكتبة عين شمس مصر سنة ١٩٨٩م.

ما ظهـر من التصـرفات، ولا تتـجاوز ذلك إلى هواجس النفـوس وما فى سـريرة الأفراد من النيات، ما لم تترتب عليها آثار تظهر فى الإنسان ونشاطه الخارجى.

ومن ثم فإن القـاعدة القانونيـة لا تنظم علاقة الفـرد بالخالق سبحـانه وتعالى، كمـا أنها تستبعد القـواعد المتضمنة لما يجب أن يتحلى به الفرد من الفضـائل، وما يجب أن يبتعد عنه من الرذائل.

٢- أن القاعدة القانونية لها طابع العموم، وأحكامهـا غير متعلقة بأشخاص بأعيانهم، بل بصفاتهم، وغير متـعلقة أيضا بواقعة معينة، بل تجابه الواقعـة بشروطها وأوصافها، ولا يكون تطبيقها منحصرًا فى مكان معين(١).

٣- أن القاعدة القـانونية تنظم الروابط بين الأشخـاص، وكما أنها تنظم شـئون الفرد فى سلوكه الشخصى وفى تصرفاته الظاهرة، فإنهـا كذلك تنظم تعامل الفرد الاجتماعى، بحيث لا يطغى بعضهم على بعض.

٤- أنها تقترن بالجزاء الـمادى الذى توقعه السلطة العامة وتعتبـر هذه السمة من السمات التى لا بد منها فى القاعدة القانونية.

ولهذا كان الإلزام من الصفات الأساسية فيها(٢).

٨- الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية:

أولاً: من حيث الحقيقة:

فمن حيث الحقيقة، فإن القـاعدة القانونية ما هى إلا نوع من أحكام جزئيات الوقائع التى تشبه الأحكام الفقهيـة الفرعية، أما القاعدة الفقهية فإنهـا تمثل الأطر العامة التى تجمع أحكامًا لجزئيات غير محدودة العدد.

وبتـعبـير آخر يـمكن أن نقول: إن القـواعد الفـقهـية كـالمفـاهيم، والقواعـد القانونـية كالماصدقات(٣)، وهى الجزئيات والأفراد.

ثانيًا: من حيث السند والمصدر:

فإن القواعد الفقهية كالأحكام الشـرعية مصدرها سماوى وسندها الوحى الإلهى، فهى لا

---

(١) الحكم الشرعى والـقاعدة القـانونية للدكتـور محمـد زكى عبد البـر ص٢ دار القلم الكويت ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

(٢) القواعد الفقهـية للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحـثين ص١٥٤، والمدخل لدراسة القانون ص٥١، وما بعدها.

(٣) القواعد الفقهية للدكتور يعقوب عبد الوهاب ص١٥٩.

تتبدل ولا تتغير إلا فى النطاق الذى أباح الشارع فيه الاجتهاد، أما القواعد القانونية فمصدرها السلطة العامة الحاكمة، فهى قابلة للتغير والتبدل.

ثالثًا: من حيث الجزاء:

فإن الجزاء المترتب على القواعد الفقهية يكون دنيويًا وأخرويًا، أما الجزاء المترتب على القواعد القانونية فهو جزاء دنيوى تقرره وتوقعه السلطة الحاكمة التى أصدرت هذا القانون.

رابعًا: من حيث امتداد الموضوعات:

١- إن القواعد الفقهية منها ما هو إيجابى ومنها ما هو سلبى والإيجابى من القواعد ما تأمر بالمعروف عن طريق الوعد والثواب، والسلبى من القواعد ما تنهى عن المنكر عن طريق الوعيد بالعقوبات للمخالفين(١)، وأما القواعد القانونية فهى قواعد سلبية فقط لأنها خالية من المندوبات والمكروهات.

٢- القواعد الفقهية شاملة لأحكام الاعتقادات، والعبادات والمعاملات والأخلاق مثل: «الأمور بمقاصدها» و «الرخص لا تناط بالمعاصى» و «البينة حجة يجب العمل بها ما أمكن» و «البيع إذا وقع محرمًا أو على ما لا يجوز فمفسوخ مردود وإن جهل فاعله».

وأما القواعد القانونية فإنها تقف عند السلوك الخارجى ولا يتعدى أثرها إلى الهواجس النفسية والنوايا الخفية مهما انطوت على خبث أو شر.

٣- القواعد الفقهية شاملة لكل مرافق الحياة فهى تتناول شئون الفرد فى سلوكه الشخصى وفى تعامله الاجتماعى، ومن هذه القواعد: «لا ضرر ولا ضرار» و «يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام» و «الخروج من الخلاف مستحب» فهى شاملة لكل ما يطرأ على الشخص من حين تخلقه جنينًا حتى يوسد فى رمسه ويهال عليه التراب، أما القواعد القانونية فإنها تنحصر فى جانب محدود من ذلك(٢).

٤- القاعدة الفقهية أغلبية بمعنى أنه قد يخرج عنها بعض الفروع، أما القاعدة القانونية فهى عامة تشمل كل من اندرج تحتها من أشخاص.

٥- القاعدة الفقهية قد يكون متفقًا عليها من أئمة المذاهب، وقد تكون خاصة بمذهب معين، أما القاعدة القانونية فإنها خاصة بأشخاص ذوى جنسية معينة، وإن كانت تعم كل هؤلاء الأشخاص المتمتعين بهذه الجنسية، إلا إذا كانت صادرة من منظمة دولية.

---

(١) من القواعد الفقهية: «الإيثار فى القرب مكروه» «النفل أوسع من الفرض» «الواجب أفضل من المندوب».

(٢) راجع: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص٥٧، ٥٩، دار الوفاء المنصورة ط الأولى ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

وبذلك كانت القاعدة القانونية متسمة بالعموم والتجريد وكان التجريد والعموم المقيدة بهما وجهان لخصيصة واحدة فتوصف بالتجريد إذا نظر إليها عند نشوئها وبالعموم إذا نظر إليها من حيث أثرها فى التطبيق[1].

- وليست القاعدة القانونية أمرًا إداريًا كالأمر بتعيين موظف معين فى وظيفة معينة، لأن الأمر الإدارى هو لشخص معين بذاته فى وظيفة معينة.

- كما أنها ليست حكمًا قضائيًا بإلزام شخص معين بعمل ما لأن القاعدة القانونية عامة شاملة تنتظم كل الأعمال التى تحكمها والأشخاص الذين توجه إليهم سواء كانوا ببلد معين أو قائمين بعمل ما.

ولا يمنع من العموم أن تكون القاعدة مقصورة على طائفة من طوائف العمال أو الموظفين أو فئة عامة من فئات درجات التعليم كطلاب التعليم الابتدائى أو الثانوى أو الجامعة مهما قل عددهم ما دامت القاعدة لم توضع لأى منهم بذاته بل تشمله بصفته.

ولذا فالقاعدة التى تحدد شروط من يقبل فى الجامعة لا تتحدد عند نشوئها بشخص أو أشخاص معينين وإن انطبقت فيما بعد على أشخاص معينين هم الذين تتوافر فيهم هذه الشروط[2].

٩- الفرق بين علم الفقه وعلم أصول الفقه وعلم قواعد الفقه:

أولاً: علم الفقه:

أما علم الفقه فهو علم يبحث فيه عن أحكام المسائل الفرعية المستنبطة من الأدلة التفصيلية الجزئية كأحكام البيع، والصلاة، والجهاد والعقوبات، وغيرها.

وموضوعه، أفعال المكلفين من حيث الحكم عليها بالوجوب أو الحرمة، أو الكراهة، أو الندب، أو الإباحة.

والمراد بالأدلة التفصيلية: آحاد الأدلة التى يدل كل منها على حكم بعينه كقوله تعالى: ﴿ **أَقِيمُوا الصَّلاةَ** ﴾ (الأنعام: ٧٢) وقوله تعالى: ﴿ **وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِى حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ** ﴾ (الأنعام: ١٥١) وقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ** ﴾ (البقرة: ٢٦٧) فالأول يدل على وجوب الصلاة المفروضة، والثانى: يدل على حرمة قتل النفس المعصومة، والثالث: يدل على استحباب الإنفاق وهكذا.

والدليل فى عرف الفقهاء والأصوليين: هو ما يمكن أن يتوصل بصحيح النظر فيه إلى

(١) يراجع: القواعد الفقهية دراسة علمية تحليلية مقارنة ص٢١ مرجع سابق.
(٢) المرجع السابق ص٢١.

مطلوب خبرى، وفى عـرف المناطقة: قول مؤلف من قضايا إذا سلمت ثبت عنـها لذاتها قول آخر.

وبذلك تكون وظيفة الفقيه، استنباط الأحكام الجزئية من الأدلة الشرعية باستخدام القواعد الكلية الأصولية، فإذا أراد الفقيه مثلاً أن يستخرج حكم الصلاة أهى واجبة أم غير واجبة، فإنه يأخذه من قوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ (البقرة: ٤٣) وإذا أراد أن يعرف حكم الحج، فإنه يأخذه من قوله ﷺ: «إن الله كتب عليكم الحج فحجوا».

وإذا أراد الفقيــه أن يعرف حكم الخمر استنبـطه من قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (المائدة: ٩٠).

فالأمر باجتناب الخمر نهى، والنهى يقتضى التحريم.

لكن العلم بأدلة الأحكام الشرعية إجمالاً: هـى: الكتاب والسنة وغيرهما من سائر الأدلة المتفق عليها والمختلف فيها.

ثانيا: علم أصول الفقه:

أما علم أصول الفقه، فهو مجموعـة القواعد التى تبين للفقيه طرق استخراج الأحكام من الأدلة الشرعية سواء كـانت تلك الطرق لفظية كمعرفة دلالات الألفاظ الشرعيـة على معانيها، واستنباطهـا منها، وطرق التوفيق بينها عند التـعارض، أو كانت معنوية كاسـتخراج العلل من النصوص وتعميمها، وبيان طرق استخراجها.

فإذا أراد الأصـولى أن يثبـت حكمًا شـرعيًا، فـإنه ينظر فى لفظ النص الذى يريد إثـبات الحكم به كما فـى قوله تعالى: ﴿ أَقِيمُوا الصَّلاةَ ﴾ (الأنعام: ٧٢) وقوله تـعالى ﴿ وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ ﴾ (الإسراء: ٣٢) فيجد أن لفظ النص الأول من قبيل الأمر المجرد عن القرينة، ويجد أن لفظ النص الثانى من قبيل النهى المـجرد أيضًا، ثم يستحضر ما تقـرر عنده من قواعد أصولية فى الأمر المجرد، فيـجده يفيد الوجوب، والنهى المجرد يفيد التـحريم فيقول: ﴿ أَقِيمُوا الصَّلاةَ ﴾ أمر، والأمر يفيد الوجوب، فالصلاة واجبة، وكذلك يفعل فى النص الثانى فيقول: ﴿ وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ ﴾ نهى، والنهى يفيد التحريم، فالزنى حرام.

فنظر الأصولى يتركز على اللفظ دون المعنى.

فعلم أصول الفـقه يبين أصل الشريعة فى التكليـفات العملية، ويرسم المناهج لتعـرفها، ويحدد الحدود للفقيه المجتهد فيسـير على منهاج قويم فى استنباطه، فهو القانون الذى يلتزمه الفقيه، ليعتصم به من الخطأ فى الاستنباط.

فإن المجتهـد متى كان عالمًا بأحوال الأدلة الكلية، مـثل علمه بأن الأمر للوجوب إذا لم

تقم قرينة علـى خلاف ذلك، وأن النهى للتحـريم ما لم تقم قرينة علـى الكراهة، استطاع أن يستنبط وجوب الصـلاة من قوله تعالى ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ أمر، والأمر للوجوب، فـأقيموا الصلاة للوجوب، و ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ﴾ نهى والنهى للتحريم، فلا تقربوا الزنى للتحريم.

فالمـقدمة الأولى فى كل من الدليلين يعلمـها من اللغة، والمقـدمة الثانية فى كل منـهما يعلمهـا من الأصول، ولولا معرفـته لأصول الفقـه ما استطاع أن يستـنبط هذين الحكمين من دليلهما، ومثل ذلك يقال فى غيرهما من الأحكام(١).

فموضوع علم أصول الفـقه، الأدلة الإجمالية، والأحكام الكلية، وكيفـية استنباط الحكم الكلى من الدليل الإجمالى.

فعلم أصـول الفقه هو ما يبنى عليـه الفقه، ولذا عرفـه الإمام كمال الدين بن الهـمام فى التحريم: بأنه إدراك القواعد التى يتوصل بها إلى استنباط الفقه.

ثالثًا: علم قواعد الفقه:

وأما القواعد الفـقهية، فهى مجـموعة من الأحكام المتشابهة التـى ترجع إلى قياس واحد يجمعها، أو إلى ضابط فقهى يربطها، فهى ثمرة للأحكام الفقهـية الجزئية المتفرقة يجتهد فقيه مستوعب للمسائل فـيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط القاعدة التى تـحكمها، فهى مبنية على الجمع بين المسائل المتشابهة من الأحكام الفقهية، والغرض منها تقريب المسائل الفقهية وتسهيلها.

وإذًا فموضوع علم القـواعد الفقهية هو جمع المسـائل المتشابهة فى مجموعـات متشابهة لرابط يربط بينها من قياس أو ضابط فقهى يحيط بهـا، أو كونها ترجع إلى علة واحدة تجمعها تحت قاعدة.

فأصول الفقـه ينبنى عليه استنباط الفروع الفقهـية، حتى إذا تكونت المجموعات الفـقهية المختلفة، أمكن الربط بين فروعها وجمع أشتاتهـا فى قواعد عامة هى القواعد الفقهية، وهى مجال الفقيه للاستدلال والتعليل وتوجيه الأحكام(٢).

فالقواعد الفقـهية متأخرة فى وجودها الذهنى والواقعى عن الفروع لأنهـا جمع لأشتاتها، وربط بينها، وأما الأصـول، فالفرض الذهنى يقتـضى وجودها قبل الفروع، لأنهـا القيود التى أخذ الفقيه نفسه بها عند الاستنباط.

(١) يراجع: أصول الفقه لأستاذنا الدكتور محمد أبى النور زهير ١/ ٣.
(٢) أصول الفقه لفضيلة الشيخ محمد أبى زهرة ص٨.

فدراسة هذه القواعد من دراسة الفقه، ودراسة القواعد الأصولية من دراسة علم أصول الفقه.

ثم إن علم أصول الفقه يبين المناهج التى يلتزم بها الفقيه، لكى لا يخطئ فى الاستنباط، فكانت الحاجة ملحة لوضع القواعد التى تساعد على استنباط الأحكام استنباطًا صحيحًا سليمًا.

يقول شهاب الدين القرافى[1]: إن الشريعة المعظمة المحمدية زادها الله تعالى شرفًا وعلوّا اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه وهو فى غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة كقاعدة: «الأمر للوجوب» وقاعدة: «النهى للتحريم».

والقسم الثانى: قواعد كلية فقهية جليلة القدر عظيمة النفع مشتملة على أسرار الشرع وحِكَمه، لكل قاعدة من الفروع فى الشريعة ما لا يحصى، وهذه القواعد مهمة فى الفقه وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويرتقى إلى درجة الاجتهاد فى الفتوى.

وقد أرجع بعض الفقهاء القواعد الفقهية إلى خمس قواعد كلية وإن كانت كل قاعدة من هذه القواعد الخمس يتفرع منها قواعد أيضًا ويتفرع على كل منها فروع، ويلحق بكل فرع نظيره.

١٠- نشأة القواعد الفقهية:

إن القواعد الفقهية قد ظهرت بدايتها فى عصر الرسالة الأول على يد النبى محمد ﷺ الذى لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى، فالأحاديث الشريفة فى معظمها بمثابة القواعد العامة التى تندرج تحتها فروع فقهية كثيرة وهى بجانب كونها مصدرًا تشريعيًا خصبًا لاستنباط الأحكام، فهى أيضًا تمثل القواعد الكلية الفقهية التى كان لها أعظم الأثر فى نمو الفقه وازدهاره فى العصور المتتابعة لعصر التشريع الأول، فقد أوتى النبى ﷺ جوامع الكلم، ولا أدل على ذلك من أن بعض الأحاديث جرت على لسانه مجرى القواعد الفقهية، مثل قوله ﷺ: «الخراج بالضمان» و «لا ضرر ولا ضرار» و «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

وإذا تتبعنا مصادر السنة المطهرة، وجدناها حافلة بمثل هذه الجوامع، وهى لا تخلو عن كونها قواعد فقهية ذات أهمية وشأن فى الفقه الإسلامى.

---

(١) الفروق ١، ٢، ٣ بتصرف.

وأيضًا: إذا تتبعنا بعض الآثار المروية عن الصحابة ﷺ لمسنا فيها هذه الظاهرة فقد كانوا ينطقون بالحكمة وفصل الخطاب ونقل عنهم من الكلام الموجز البليغ ما يكون قواعد فقهية يقاس عليها ويستأنس بها فى التصحيح والترجيح، ومن ذلك على سبيل المثال ما قاله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ: «مقاطع الحقوق عند الشروط»(١).

ومنه ما روى عن ابن عباس ﷺ قال: «كل شىء فى القرآن: أو أو فهو مخير، وكل شىء: فإن لم تجدوا، فهو الأول فالأول»(٢).

فرواية عمر قاعدة فى باب الشروط، ورواية ابن عباس قاعدة فى باب الكفارات، والتخيير فيها.

وقد أثر عن بعض التابعين شىء من هذا قبل تكوين المذاهب الفقهية المشهورة، ومن ذلك ما قاله القاضى شريح: «من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه»(٣) فهذه قاعدة تسوغ الشروط الجعلية وهى فى معنى ما قاله عمر بن الخطاب ﷺ.

والذى يبدو أن كل ما ورد عن النبى ﷺ، والصحابة والتابعين ﷺ لا يمثل النشأة الحقيقة للتقعيد، ولا لظهور العلم الخاص بذلك، لأننا نقصد الكلام عن نشأة القواعد وظهورها باعتبارها علمًا من العلوم أو فنًا مستقلاً، وهذا أمر اجتهادى مبنى على نظر أو استقراء، احتاج إلى فترة زمنية ليست قصيرة نما فيها الفقه وازدهرت فروعه ونضجت مباحثه.

لذلك تأخرت بداية القواعد الفقهية باعتبارها فنًا مستقلا إلى عصر الفقهاء، فى أواخر القرن الثالث إبان القرن الرابع الهجرى وما بعده من القرون فى عصر ازدهار الفقه ونهضته على أيدى كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح استنباطًا من دلالات النصوص الشرعية العامة، ومبادئ أصول الفقه، وعلل الأحكام والمقررات العقلية، ثم اكتسبت صيغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والصقل والتحرير(٤)، على أيدى فقهاء المذاهب فى مجال التعليل والاستدلال.

فقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية، ومسالك الاستدلال القياسى عليها، أعظم مصدر لتقعيد هذه القواعد وإحكام صيغها، بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى، وانصراف كبار أتباعها إلى تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها.

---

(١) صحيح البخارى مع شرح الكرمانى ١٩/ ١١١.
(٢) مصنف عبد الرزاق، باب بأى الكفارات شاء كفى ٤/ ٣٩٥ رقم: ٨١٩١.
(٣) صحيح البخارى، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا فى الإقرار ٢/ ٩٨١.
(٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص١١٨.

ذلك لأن المتأخرين من الفقهاء قد وجدوا أشتاتًا من الفروق موزعة فى الأبواب المختلفة، ووجدوا كثيرًا من الأحكام المتشابهة تذكر فى أبواب مختلفة، كما استطاعوا أن يستقصوا الأحكام الكلية التى تتفرع عنها الجزئيات فجمعوا تلك الأشباه والنظائر كل طائفة متحدة الحكم والهدف ووضعوا لكل منها قاعدة، فتكون لكل هذه المجموعات الفقهية قاعدة تجمع المسائل الموحدة فى قرن واحد، وتربط بينها برابطة تضم شتاتها.

وهذه القواعد الفقهية لم توضع كلها فى زمن واحد كما فى النصوص القانونية، بل تكونت مفاهيمها، وصيغت نصوصها بالتدرج فى عصور الفقه المختلفة على أيدى كبار الفقهاء من أرباب المذاهب ممن شهد لهم بقصب السبق والقدرة الفائقة على الموازنة والتخريج والترجيح، وقوة الملكة فى الاستنباط من دلائل النصوص الشرعية العامة.

ومن ثم فإننا نرى بعض الفقهاء قلل من هذه القواعد وبعضهم أكثر منها، وذلك لأن العلم برجوع جميع المسائل الفقهية إلى هذه القواعد مبناه الاجتهاد وتطبيق ما يكون الحال فيه ذلك فإنه يختلف باختلاف أهل النظر من الفقهاء فى المسائل، وقد كان فقهاء المذهب الحنفى أسبق من غيرهم فى هذا المجال ولعل ذلك للتوسع عندهم فى الفروع.

ولكن حركة تقعيد القواعد لم تتقدم وتشتهر وتبدأ فى الظهور متكاملة إلا فى بداية القرن السابع الهجرى، فقد برز فيه هذا العلم إلى حد كبير، وإن لم يبلغ مرحلة النضج، وعلى رأس المؤلفين فى هذا العصر: العلامة محمد بن إبراهيم الجاجرمى السهكلى (٦١٣) هجرية، ألف كتابًا بعنوان: القواعد فى الفروع الشافعية ، ثم الإمام عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠) هجرية، ألف كتابه: قواعد الأحكام فى مصالح الأنام، ثم تتابعت هذه السلسلة فى المذاهب الفقهية المشهورة، ويعتبر القرن الثامن الهجرى عصرًا ذهبيًا لتدوين القواعد الفقهية ونمو التأليف فيها وتفوقت فيه عناية الشافعية لإبراز هذا الفن.

وهذه القواعد على الرغم من هذه الجهود المتتابعة الكثيرة، ظلت متفرقة ومبددة فى مدونات مختلفة، وتضمنت تلك المدونات بعض الفنون الفقهية الأخرى مثل: الفروق والألغاز[١]، وأحيانًا تطرقت إلى بيان بعض القواعد الأصولية، فلم يستقر أمرها تمام الاستقرار إلى أن وضعت «مجلة الأحكام العدلية» على أيدى لجنة من فحول الفقهاء فى عهد السلطان الغازى عبد العزيز خان العثمانى فى أواخر القرن الثالث عشر الهجرى ليعمل بها فى المحاكم التى أنشئت فى ذلك العهد.

---

(١) المراد بالألغاز المسائل التى قصد إخفاء وجه الحكم فيها لأجل الامتحان، انظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموى ١/ ٣٨.

١١- أشهر المؤلفات فى القواعد الفقهية:

إذا كان الإمام الشافعى هو أول من دَوَّن أصول الفقـه، فإن الحنفية كان لهم قصب السبق فى تقعيـد القواعد نظرًا لطبيعـة مذهبهم القائم على كثـرة الفروع والتخريجات، فـقد جاء فى كتـاب الأشبـاه والنظائر لابن نجيم والأشـباه والنظائر للسـيوطى، أن الإمـام أبا طاهر الدباس الحنفى قد جمع قواعد مذهب أبى حنيفة فى سبع عـشرة قاعدة، فسمع أبو سعيد الهروى من الشافعية سبعًا من هذه القواعد وأبلغها لأصحابه، فذاعت واشتهرت.

والإمام مـحمد بن محـمد بن سفـيان أبو طاهر الدباس من فقـهاء القرن الرابع الهـجرى المشهـود لهم بأهلية التخريج والتـرجيح، وهو أقدم من يروى عنه بعض القـواعد فى مذهب الإمام أبى حنيفة، وكان يوصف بالحفظ وكثرة الروايات وبضـبط الفروع بالقواعد الفقهية لكنه كان بخيلاً بعلمه ضنينًا به.

ومن القواعد التى نسبت صياغتها لهذا الإمام خمس قواعد وهى:

١- قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

٢- قاعدة: «الضرر يزال».

٣- قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».

٤- قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

٥- قاعدة: «العادة محكمة».

وهذه القواعد مشـروحة فى رسالة جليلة للإمام أبى الحسن الكوفى من الحنفـية المتوفى سنة ٣٠٤ هـ، وشرح هذه الرسالة أبو حفص عمر النسفى.

ثم جاء الفقيه الكبير أبو الحسن الكرخى فصاغ قواعد الفقه الحنفى فى سبع وثلاثين قاعدة.

وتعد هذه المجموعة من القواعد الفقهية هى اللبنة الأولى فى صرح هذا العلم جاءت فى شكل رسالة مـوجزة ذكر فـيها الإمـام الكرخى الأصول التى عليهـا مدار كتب أصـحاب أبى حنيفة، وقد عنى بها الإمام نجم الدين أبو حفص عمر بن أحمـد النسفى فشرحها شرحًا وافيًا مبينًا لما حوته من الأصول والقواعد[١].

ومنهج المـؤلف فى هذه الرسـالة إن يبدأ كل قـاعدة بـقوله: «الأصل» فـقد كـانت هذه القواعد تسمى «أصولاً» وكثيرًا ما نرى شراح المذهب الحنفى فى تعليلات الأحكام، كما نرى المؤلفين القدماء فى القواعد يقولون:

(١) يراجع: الفتح المبين فى طبقات الأصوليين للمراغى ١/ ١٨٢.

١- الأصل: أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجـتهاد مثله ويفسخ بالنص، إلى أن قال: ويقع ذلك فى التحرى والقضاء فى الدعاوى[١].

٢- الأصل: «أن النص يحتـاج إلى القليل بحكم غيـره لا بحكم نفســه، قال: وذلك أن الحرمة فى الأشياء الستة الـتى فى قول النبى ﷺ عن أبى سعيد الخدرى: «الذهب بالذهب والفضـة بالفضة، والحنطة بالحنطة، والشـعير بالشعـير، والملح بالملح مثلاً بمـثل فمن زاد وازداد فقد أربى»[٢].

ومن بعد أبى طاهر الدباس والكـرخى جاء الإمام أبو زيد الدبوسى الحنفى المـتوفى سنة ٤٣٢ هـ فوضع كـتابه «تأسيس النظر» فى علم الخـلاف والفقه المـقارن، فهو أول كـتاب فى المقارنات الفقهية قبل أن يكون أول كتاب فى القواعد الفقهية.

وميـزة هذا الكتاب أنه يهـدف إلى معـرفة كيـفيـة إيراد الحجج الشـرعيـة على الأقوال، والآراء، وكيفية دفع الشبهة، وقواعد الأدلة الخلافية، وذكر البراهين فى المسألة.

وقد اشتمل الكتاب على ست وثمانين قاعدة، ومعظم هذه الـقواعد مذهبية، ومعه قواعد الكرخى، ورتبـه المؤلف على ثمانـية أقسـام، تناولت الاختـلاف بين الأئمة حسب الـترتيب التالى:

١- خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه محمد بن الحسن وأبى يوسف.

٢- خلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف وبين محمد بن الحسن.

٣- خلاف بين أبى حنيفة ومحمد وبين أبى يوسف.

٤- خلاف بين أبى يوسف ومحمد.

٥- خلاف بين فقهاء الحنفية الثلاثة محمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر.

٦- خلاف بين أئمة الحنفية وبين الإمام مالك.

٧- خلاف بين علماء الحنفية الثلاثة محمد بن الحسن والحسن بن زياد، وزفر، وبين أبى ليلى.

٨- خلاف بين فقهاء الحنفية الثـلاثة: محمد بن الحسن، والحسن بن زياد، وزفر، وبين الإمام الشافعى[٣].

---

(١) انظر: أصول الكرخى رسالة مطبوعة مع تأسيس النظر ص٨٥.

(٢) مجمع الزوائد باب ما جاء فى بيع الطعام ٤/ ١١٤، سنن الترمذى باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً ٣/ ٤٥١ الحديث رقم ١٢٤٠٠، قال أبو عيسى: حديث عبادة حديث حسن صحيح.

(٣) يراجع: تأسيس النظر ص٢، ٣.

ثم ألحق بالأقسام الثمانية قسمًا ذكر فيه أصولاً اشتملت على مسائل خلافية متفرقة.

والإمام الدبوسى فى وضعـه لكتابه هذا قد راعى رد الفروع إلى الأصول ولم يلتـزم السير حسب نظام الفقه بل فروعه قد تكون من أبواب متعددة، فإن فروع كل قاعدة لم يلتزم فيها بابًا معينًا من أبواب الفقه.

وهذه طريقة تدل على سعة الاطلاع وعمق المعرفة، حتى يلحق أى فرع كان من أى باب كان تحت القاعـدة، كما أن الدبوسى لا يعنى بتحرير مـسائل الأصول أو القاعدة الفقـهية من ناحية الاحتجـاج لها وتأييد المعنى الذى قامت عليه، بل يكتفى غالبًا بذكـر المسألة والقاعدة خالية من ذلك، وكأنه يراها من المسلمات.

ومن النماذج للقواعد التى وردت فى كتاب تأسيس النظر:

- «الأصل عند أبى حنيفة: أن ما يعتقـده أهل الذمة، ويدينون به يتركون عليه وعندهما لا يتركون».

ومن المســائل المتـفرقة من هـذه القاعدة: أن الذمى إذا تزوج امـرأة ذميـة فى عدة زوج ذمى، يتركان عند أبى حنيفة، وعند أبى يوسف ومحمد يفرق بينهما[١].

- «الأصل عند أبى يوسف: أن الشروط المتعلقة بالعقـد كالموجود لدى العقد، وعند أبى حنيفة ومحمد لا يجعل كالموجود».

ومن المسائل المتفرعة من هذه القـاعدة: إذا تزوج الرجل امرأة ولم يفرض لها مهرًا، ثم فرض لها مهرًا بعد العقد ثم طلقها قـبل الدخول بها، فإن لها نصف المفروض بعد العقد عند أبى حنيفة، ، ويجعل المفروض بعد العقد كالمفروض عند العقد، وفى قوله الآخر، وهو قول صاحبيه لها المتعة[٢].

- «الأصل عند أصحابنا: أن من أهلَّ بالحج فى غيـر أشهره وهو من أهلَّ الإهلال، لزمه ما أهلَّ به ولم يلزمه غير ما أهلَّ به، كما لو أهلَّ به فى أشهر الحج».

ومن المسائل المتفرعة من هذه القاعدة: إذا قدم إحرام الحج على أشهر الحج لزمه الحج ولا ينقلب عمرة، وعند الشافعى ينقلب عمرة[٣].

ولم يصل إلى علمنا مؤلف للحنفية فى القواعد الفقهية بعد القرنين الخامس والسادس غير ما شرحه النسفى لقواعد الكرخى، ويظهر أن غيـر الحنفية نهضوا بهذا العلم فى القرون التالية وذلك واضح من تتبع حركة التأليف فى القواعد حيث استـبان أن فقهاء الشافعية، ثم الحنابلة ثم المالكية، تابعوا الحنفية فى ذلك ثم انتقلت إلى علماء الشيعة، بهذا الترتيب التاريخى.

---

(١) تأسيس النظر ص١٣. (٢) تأسيس النظر ص٣١. (٣) تأسيس النظر ص٥٩.

وقد كان القرن الثامن الهجرى أحفل القرون بهذه التآليف كما يعلم من تتبع ما سجلته فهارس المكتبات من المؤلفات.

ويلاحظ أن كثيرًا من المؤلفات التى عرفت باسم الأشباه والنظائر مثل كتاب «التاج السبكى» و «كتاب الجلال السيوطى» وهما من فقهاء الشافعية يشتملان على كثير من هذه القواعد، حتى إن ابن نجيم المصرى ذكر فى مقدمة كتابه (الأشباه والنظائر) أنه أراد وضعه على غرار كتاب السبكى للأشباه والنظائر.

وأشهر ما عرف ووصل إلينا مطبوعًا من مؤلفات المذاهب الثلاثة غير المذهب الحنفى، مما يبحث فى القواعد، أو يحمل اسم القواعد، ثلاثة مؤلفات هامة:

١- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام، لعز الدين بن عبد السلام، المتوفى سنة ٦٦٠هـ/ ١٢٦٢م.

٢- الفروق للفقيه المالكى شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافى المتوفى سنة ٦٨٤هـ تلميذ العز بن عبد السلام الشافعى.

٣- القواعد للفقيه الحنبلى عبد الرحمن بن رجب المتوفى سنة ٧٩٥هـ.

غير أن هذه الكتب على عظم قيمتها لا تتضمن القواعد بالمعنى الذى حددناه لكلمة القواعد، وهى النصوص الفقهية الدستورية التى تعبر عن أحكام كلية فى بضعة ألفاظ من صيغ العموم وإنما تتضمن تقسيمات وضوابط أساسية فى موضوعات فقهية كبرى(١).

وبيان ذلك فيما يلى:

١- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام:

يقول العز فى مقدمة هذا الكتاب مبينًا الغرض الذى وضع من أجله: «الغرض من وضع هذا الكتاب بيان مصالح الطاعات، والمعاملات، وسائر التصرفات لسعى العباد فى تحصيلها، وبيان المخالفات لسعى العباد فى درئها، وبيان مصالح العباد ليكون العباد على خير منها، وبيان ما يقدم من بعض المصالح على بعض، وما يؤخر من بعض المفاسد على بعض، وما يدخل تحت اكتساب العبيد دون ما لا قدرة لهم عليه ولا سبيل لهم إليه»(٢).

والكتاب فى مجموعه مبنى على فصول فقهية موضوعية، يضع فيها المؤلف للموضوع الفقهى عنوانًا فى رأس الفصل، ثم يقسم الأحكام المتعلقة به، ويفصلها تفصيلاً فى كثير من بيان حكمة التشريع فهو أشبه بمدخل فقهى قيم.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤١، ٤٢.

(٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ١/ ١٠، ١١.

ويدور محور هذا الكتـاب حول بيان المصالح والمـفاسد، فالمصـالح هى كل ما أمر الله به، والمفاسد هى كل ما نهى الله عنه، وفى هذا يقول: «فكل مـأمور به فيه مصلحة الدارين، أو أحدهما، وكل منهى عنه فيه مفسدة فيهما أو فى إحداهما»(١).

فقد أرجع قـواعد الفقه وفروعـها إلى جلب المصالح ودرء المـفاسد بل أرجع الكل إلى اعتبار المصالح وحدها، لأن درء المفاسد من جـملة المصالح فمتى تحققت المصلحة درئت المفسدة.

ويزيد هذا المعنى وضوحًا بقوله:

«الاعتـماد فى جلب مـعظم مصـالح الدارين ودرء مفاسـدها على ما يظهـر فى الظنون، وللدارين مصالح إذا فاتت فسـد أمرهما، ومفاسد إذا تحققت هلك أهلهـما، وتحصيل معظم هذه المصالـح بتعاطى أسبابهـا مظنون غير مقطـوع به، فإن عمال الآخرة لا يقطـعون بحسن الخاتـمة، وإنما يـعملون بناء على حـسن الظنون، وهم مع ذلك يخافـون ألا يقبل منـهم ما يعملون، وقد جاء التنزيل بذلك فى قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ مَا آتَوْا وَّقُلُوبُهُمْ وَجِلَةٌ أَنَّهُمْ إِلَىٰ رَبِّهِمْ رَاجِعُونَ** ﴾ (المؤمنون: ٦٠).

فكذلك أهل الدنيا يتصـرفون بناء على حسن الظنون، وإنما اعتمـدوا عليها، لأن الغالب صدقها عند قيام أسبابها.

يقول عز الدين بن عبد السلام لبيان ذلك عند أهل الدنيا:

«فالتجـار يسافرون على ظن أنهم يسلمون ويربحون، والصناع يخـرجون من بيوتهم على ظن أنهم يعملون بما يرتزقون، والفلاحون يزرعون بناء على ظن أنهم يحصدون».

إلى أن قـال: «والملوك يـجندون الأجناد، ويـحـصنـون البـلاد بناءً على أنهـم بذلك ينتصرون... والعلماء يشتغلون بالعلوم على ظن أنهم ينجحون، ويتميزون، وكذلك الناظرون فى الأدلة والمجـتهـدون فى تعرف الأحكام يعتـمدون فى الأكـثر على ظن أنهم يظفـرون بما يطلبون، والمرضى يتـداوون لعلهم يشفون، ويبرأون، ومعظم هذه الظنون صـادق موافق غير مخـالف، ولا كاذب، فلا يجوز تعطـيل هذه المصالح الغالـبة الوقوع خوفًـا من ندور وكذب الظنون، ولا يفعل ذلك إلا الجاهلون»(٢).

فالأحكام الشرعيـة فى نظر شيخ الإسلام العز بن عبد السـلام سلطان العلماء ترجع كلها إلى قاعـدة واحدة، وهى تحصيل مـصالح الدارين دينًا ودنيا على ظن أن مـا يقوم به المكلف يحقق له ذلك.

---

(١) المرجع السبق ١/ ٨.

(٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ١/ ٤.

والظن كاف فى ذلك بداهة، إذ لا طريق للجزم، فكان الإقدام على فعل ما يظن المكلف فـيه الخـيـر له هو طريق العـقل، والإعراض عنه خـوفًـا من تخلف مـا ظنه وهو نادر طريق الأحمق.

وهذا المنهج الذى اختـاره عـز الدين، والذى بمقـتضاه أرجع قـواعد الفـقه إلى قـاعدة واحدة، وبناء فروع الفقه كلها عليهـا، هذا المنهج من شأنه أن لا يوضح رجوع كل فرع فقهى إلى قاعدته، فيسهل على الناظر فهمه، وفى ذات الوقت يكون دعامة فقهية يستفيد منها المقلد والمجتهد.

أما منهج غـيره من الفقهـاء الذين أرجعوا الفـروع االمتشـابهة إلى قواعدها، فـهى أظهر وأوضح لتيـسر فـهمـه على الناظر فيـسهل الوقـوف على الأشباه والنـظائر، فيمكـنه الإلحاق والتخريج بسهولة ويسر.

وهذا لا يطعن فى علو منزلة الإمام عز الدين بن عبد السلام، لأنه يتكلم فى نتائج أعمال الدين والدنيا، وهى الغاية العليا التى يقصدها كل عامل، أما غيره، وهم المفصلون فقد نهجوا طريق الوصول إلى غاية أخرى، وهى الوقوف على القواعد لمعرفة الأشباه والنظائر.

فالمفصلون يبحثون عن الأسس التى توصل إلى المطلوب، وأما عز الدين بن عبد السلام فيتكلم فى القمة والغاية من الأعمال.

وإذًا فمسلك غـيره أوضح، وأوفق لما ينتج عنه من الوقوف على الأشـباه، والتوصل إلى النظائر، ثم بعدها تعرف المصلحة فتكتسب والمفسدة فتبدرأ، ولكل وجهة هو موليها.

ويجمع الـكتاب بين أصول الفـقه والقـواعد الفـقهيـة، والفروق، والأشـباه، والأحكام الفرعـية، وخاصة مـا يتعلق منها بالسيـاسة الشرعيـة ويمزج بينها، ويضع لكل فـقرة عنوانًا، ويبحثه بتفصيل وأمثلة فقهية.

ونشير هنا إلى بعض القواعد التى تضمنها الكتاب فى مباحثه وفصوله المختلفة:

(أ) «الأصل أن تزول الأحكام بزوال عللها»(١).

كموانع ولاية النكاح فى حق الأولياء، ترفع الولاية بثبوتها وتعود بارتفاعها.

(ب) «كل تصرف جر فسادًا أو دفع صلاحًا فهو منهى عنه»(٢).

وذلك كإضافة المال بغير فائدة، وإضرار الأفرجة بغير عائدة.

والواقع أن الكتاب فريد فى موضوعه، ويفتح أمام القارئ آفاقًا واسعة للتفكير، ولم ينسج على منواله كتاب آخر يضارعه فى موضوعه منذ عصر المؤلف وإلى وقتنا هذا.

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ٢/ ١٩١.   (٢) المرجع نفسه ٢/ ٢٥٢.

٢- الفروق للقرافى:

أما الفروق فاسمه (أنوار البروق فى أنواء الفـروق) لكنه اشتهر بالفروق، وهو فى القواعد الفقـهيـة، والفروق بين المســائل والمواضـيع المتشـابهة، مع بيـان أحكامها عـلى المذهب المالكى، والمقارنة أحيانًا مع بقية المذاهب.

وقد جمع المـؤلف فى هذا الكتاب، ما نثره فى كـتابه «الذخيرة» فى الفقـه، من القواعد والضوابط عند تعليل الأحكام غير أنه زاد وتوسع هنا فى بيان ما أجمله هناك[١].

وهذا الكتاب على عظم قيمته العلمية، ومـا تضمنه من مباحث لم يسبق إليها، لم يجمع قـواعد بالمـعنى الذى نعنيـه هنا، وإنما يريد من القـواعـد معنى الأحكام الأسـاسيـة فى كل الموضوعات الفـقهية الكبرى، فهو يعـرض الأحكام الأساسية فى كل موضوعين مـتشابهين، ويجلو الفروق بينهما، فيقول مثلاً: الفرق بين قاعدتى الإنشاء والخبر، والفرق بين قاعدتى ما تؤثر فيـه الجهالة والغرر وقـاعدة ما لا يؤثر فـيه من التصـرفات، والفرق بين قاعـدتى العرف القولى والعرف الفعلى والفرق بين ما تشرع فيه البسملة وما لا تشرع فيه البسملة.

وفى الغالب يستهدف المؤلف بيان الفـرق الواقع بين قاعدتين مع ذكر الفروع لهما، وفى بعض المواطن يتـعرض لذكر الفـرق الواقع بين مسألتين من الـمسائل، وفى ذلك يقول مـبينًا لمنهج الكتاب:

«وجعلت مبادئ المباحث فى القواعد بذكر الفروق والسؤال عنها بين فرعين أو قاعدتين، فإن وقع السؤال عن الفـرق بين الفرعين، فبيانه بذكـر قاعدة أو قاعدتين يحصل بهـما الفرق، وهما المقصودتان، وذكر الفرق وسيلة لتحـصيلهما، وإن وقع السؤال عن الفرق بين قاعدتين، فالمقصـود تحقيقهما، ويكون تحـقيقهما بالسؤال عن الفـرق بينهما أولى من تحقيقهـما بغير ذلك، فإن ضم القاعدة الى ما يشاكلهـا فى الظاهر ويضادها فى الباطن أولى، لأن الضد يظهر حسنه الضد، وبضدها تتميز الأشياء»[٢].

هذا وقد انتثر فى فصول كتـاب الفروق، قواعد فقهية دستورية كثيـرة متفرقة فى مناسبات تعليل الأحكام، ونصب الضوابط.

٣- تقرير القواعد وتحرير الفوائد، المشهور بالقواعد لابن رجب الحنبلى:

أما القواعد لابن رجب الحنبلى، فهو كتاب وضعه مؤلفه على مائة وستين قاعدة، وختمه

(١) الفروق ١/ ٨، ٩.
(٢) المرجع السابق ١/ ٩، ١٠.

بإحدى وعشرين فائدة، وفيه علم غزير، وأسلوبه شيق، ومؤلفه واسع الاطلاع، فلم يترك شاردة ولا واردة دون أن يمسك بها ويضعها فى مكانها، وفيه من المسائل الفقهية فى المذهب الحنبلى الشيء الكثير، فهو يضع القاعدة الفقهية ثم يفرع عليها المسائل المتفرقة من أبواب الفقه، غير ملتزم بالسير وراء الفرع فى باب معين، بل صنع فى كتابه هذا مثل ما صنع ابن السبكى والسيوطى وابن نجيم وغيرهم ممن لا يلتزمون السير وراء أبواب معينة فى الفقه بل فى شتى الأبواب فى الفقه كله.

وهذا الكتاب يحمل ثروة فقهية تجل عن الوصف، إلا أنه ليس كتابًا فى القواعد الفقهية بالمعنى الدقيق، ولا يتفق أسلوبه ومنهجه مع المعنى الدقيق للقاعدة التى تتطلب حصر الفروع المتشابهة وإدراجها تحت القاعدة، وذلك لأنه أكثر من وضع القواعد بصورة يصعب جمعها حتى جعل القواعد فى حكم الفروع من حيث تعدادها وكثرتها(١).

فالقاعدة عادة تتسم بطابع خاص، وهو دقة العبارة وإحكام الصياغة، وقلة الألفاظ، وهى إنما صيغت لحصر أكبر قدر من المعانى فى أضيق نطاق من الألفاظ بحيث تكون موفية بتمام الغرض الذى سيقت من أجله، ومن أجل ذلك وضعت القواعد ونشأ فن الأشباه والنظائر، وهو ما لا نجده فى كتاب القواعد لابن رجب، لكثرة هذه القواعد كثرة مفرطة حتى إنه جعل لكل مسألة قاعدة.

ومع هذا فإن من يقرأ هذا الكتاب النفيس سيجد فيه ما قاله العلماء من أن ابن رجب كتب هذه القواعد مجتهدًا فى أن يرد الفروع إلى أصولها، وأنه ينظم تلك الفروع المتشابهة والمتناثرة فى أبواب الفقه فى سلك واحد، وهذا ما يقرره ابن رجب فى مقدمة هذا الكتاب، بقوله: . . . أما بعد: فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل فى سلك واحد، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد(٢).

فهو بهذا يسعى إلى رد الفروع المنتشرة فى أبواب الفقه إلى الأصل الفقهى الذى يضبطها ويمسك بها، وأنه يذكر القاعدة الفقهية ثم يبين فروعها ويجمع شعبها، ولا يبخل بذكر الخلاف فى الفروع، ويذكر القول المشهور فى المذهب وغير المشهور.

---

(١) يراجع: مقدمة المنثور فى القواعد للزركشى ١/ ٣١.

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلى ص٣.

نبذة عن الأمثلة المتنوعة للقواعد:

١- القاعدة الـثانية بعد المائـة «من تعجل حقه أو ما أبـيح له قبل وقته على وجـه محرم عوقب بحرمانه»[١].

٢- القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة: «المنع أسهل من الرفع»[٢].

٣- القاعـدة الثامنة والخمـسون بعد المـائدة: «إذا تعارض معنا أصـلان، عمل بالأرجح منهما لاعتضاده بما يرجحه»[٣].

إذا وقعت فى الماء نجاسة، وشك فى بلوغه القلتـين فهل يحكم بنجاسته أو طهارته على وجهين: **أحدهما**: يحكم بنجاسته، **والثانى**: هو طاهر.

٤- الأشباه والنظائر لتاج الدين بن السبكى الشافعى المتوفى سنة ٧٧١هـ:

وأما كتاب ابن السبكى فهو من أهم الكتب وأقومها التى ألفت فى فن القواعد الفقهية من حيث جمـال الصياغة ومتـانة التركيب والأسلوب عند ذكر القـواعد وصياغتـها، ولذا أشاد به العلماء وطارت بذكره الركبان، وزاع صيته حتى ملأ الآفاق، وسار على نهجه فى التأليف كثير ممن ألف فى قواعد الفقه، منهم العلامة ابن نجيم الذى صاغ كتابه الأشباه والنظائر على غرار هذا الكتاب الذى ألف قاضى القضاة، الفقيه الشافعى المعروف بالتاج السبكى أو ابن السبكى.

وقد رسم المؤلف خطة طريفة فى التأليف، من حيث ترتيب الأقسام على النحو التالى:

١- بدء الكتاب بالقواعد الأساسية الخمس وفصلها تفصيلاً حسنًا.

٢- انتقل من القسم الأول إلى ذكر القواعد الفقهية المهمة، وأسماها القواعد العامة لأنها لا تختص بباب دون باب.

٣- ذكر الضوابط الفقهية وأسماها «القواعد الخاصة» وتعرض فى كل من القسمين: الثانى والثالث، وذكر الأسباب التى تدعو إلى ذلك.

٤- تحدث عن بعض المسائل الكلامية التى تنشأ عنها فروع فقهية، والفقه بحاجة إليها.

٥- خص المبـحث الخامس وجعله فى بيـان القواعد الأصولـية ومسائلهـا، وأفاض فى شرحها.

٦- عقد بابًا تناول فيه بعض الكلمات العربية والكلمات النحوية، التى تتخرج عليها فروع فقهية.

٧- وضع بابًا تعـرض فيه للمـآخذ المـختلف فـيها بين الإمـامين أبى حنيـفة والشـافعى رحمهما الله تعالى، وهو فى الحقيقة كتاب فى الخلافيات يشتمل على أكثر مسائل الخلاف.

---

(١) القواعد ص٢٢١. (٢) نفس المرجع ص٢٩٠. (٣) القواعد ص٣٢٤.

ثم ختم كل هذه الأقسام المتعلقة بالفقه وأصول الفقه بخاتمة تشتمل على «زوائد مهمات وأمور منبهات».

وهذه أمثلة من القواعد التى اشتمل عليها هذا الكتاب البالغ الأهمية فى نظر العلماء والدارسين للقواعد الفقهية.

- «الاحتياط أن نجعل المعدوم كالموجود، والموهوم كالمحقق»(١).
- «الميسور لا يسقط بالمعسور»(٢).
- «إعمال الكلام أولى من إهماله»(٣).
- «الظن ملغى إلا ما قام الدليل على إعماله»(٤).
- «كل إنشاء سد تصرف الشرع فهو باطل»(٥).

٥- **الأشباه والنظائر للسيوطى الشافعى** المتوفى ٩١١هـ/ ١٥٠٥م:

هذا الكتاب، من أروع المؤلفات فى القواعد الفقهية وأغزرها مادة، وأحسنها ترتيبًا وتنسيقًا، جمع فيه الإمام السيوطى معظم ما تفرق وتناثر من القواعد فى كتب هذا الفن لتاج الدين السبكى، والعلائى، والزركشى، وأضحى بذلك مصدرًا خصبًا لدراسة القواعد الفقهية خاصة فى المذهب الشافعى.

فهو كتاب جامع لمعظم القواعد الفقهية وقد رتبه مؤلفه جلال الدين السيوطى صاحب المؤلفات الكثيرة النافعة على مقدمة وسبعة كتب، وفى مقدمة الكتاب بيَّن الإمام السيوطى أهمية الاشتغال بالفقه بوجه عام، والاشتغال بفن الأشباه والنظائر بوجه خاص، فذكر أن هذا الفن المسمى بالأشباه والنظائر، يحتاج إلى جهد متواصل، وعمل دءوب، وأنه لا يبلغه إلا من شمر عن ساعد الجد واعتزل أهله وشد المئزر ودأب فى التكرار والمطالعة بكرة وأصيلا، ونصب نفسه للتأليف والتحرير بيانًا وتفصيلاً(٦).

وفى الكتاب الأول: شرح القواعد الخمس شرحًا وافيًا مستفيضًا، وهذه القواعد الخمس ذكر الأصحاب أن مسائل فقه الشافعية ترجع إليها جملة.

فقد روى أن أبا طاهر الدباس الفقيه الحنفى من فقهاء القرن الرابع الهجرى جمع أهم قواعد مذهب أبى حنيفة فى سبع عشرة قاعدة كلية فرحل إليه أبو سعيد الهروى الشافعى ونقل

---

(١) الأشباه والنظائر لتاج الدين بن السبكى ١/ ١٠.
(٢) المرجع السابق ١/ ١٥٥.
(٣) المرجع نفسه ١/ ١٧١.
(٤) المرجع السابق ١/ ١٦٧.
(٥) الأشباه والنظائر لتاج الدين بن السبكى ١/ ١٢٣.
(٦) الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطى ص٤.

عنه بعض هذه القواعد وكانت سبعًا، فلما بلغ القاضى حسينًا ذلك، رد جميع مذهب الشافعى إلى أربع قواعد، وزاد عـليها بعض الفضلاء خـامسة، فصـارت خمسًا وهى القـواعد الكبرى المعروفة:

١- قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

٢- قاعدة: «الضرر يزال».

٣- قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».

٤- قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

٥- قاعدة: «العادة محكمة».

والكتاب الثـانى: فى قواعد كلية يتـخرج عليها ما لا ينـحصر من المسائل الـجزئية وهى أربعون قاعدة.

والكتاب الثالث: فى القـواعد المختلف فيـها، ولا يطلق الترجيح لاختـلافه فى الفروع، وهى عشرون قاعدة.

والكتاب الرابع: فى أحكـام يكثر دورانها، ويقـبح بالفقيـه جهلها، وهى أربع وعـشرون قاعدة.

والكتاب الخامس: فى نظائر الأبواب أى التى من باب واحد وقد رتبها على أبواب الفقه، ويضم هذا الكتاب سبع قواعد.

والكتاب السادس: فيما افترقت فيه الأبواب المتشابهة.

والكتاب السابع: فى نظائر شتى، وهـذا الكتاب والكتاب الذى قبله لم يذكر فيهمـا شيئًا من القواعد.

وقد بلغ مجموع القواعد التى اشتمل عليها هذا الكتاب النفيس ستا وتسعين قاعدة.

ونورد بعضًا من هذه الـقواعد التى تضمنها هذا المـؤلف البالغ الدقة والأهميـة فى قواعد الفقه الكلية.

١- «الأصل براءة الذمة»[1].

٢- «الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن»[2].

ومن القواعد الواردة فى الكتاب الثانى:

١- «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»[3].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٥٣.
(٢) المرجع نفسه ص٥٩.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١.

٢- «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»[١].

٣- «الخروج من الخلاف مستحب»[٢].

٦- الأشباه والنظائر لابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠هـ/ ١٥٦٣م:

هذا العالم زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم من فقهاء الحنفية الثقات، وتشهد كتبه بعلو كعبه فى العلم والفضل وله مصنفات كثيرة من أهمها «البحر الرائق شرح كنز الدقائق» فى الفقه الحنفى، و «شرح المنار فى أصول الفقه» و «حاشية على جامع الفصولين» و «الأشباه والنظائر فى القواعد الفقهية والأصولية» وهو كتاب على مذهب أبى حنيفة النعمان يجمع بين القواعد الفقهية وبين الفروع والمسائل الجزئية، ويحتوى على ما لم يحتو عليه غيره من الكتب، وقد ذكر مؤلفه فى مقدمته أنه رأى كتاب «الأشباه والنظائر» لتاج الدين السبكى الشافعى ولم ير مثله عند الحنفية فاتجه لتأليفه[٣].

وقد رتب كتابه هذا على سبعة فنون:

الفن الأول: فى معرفة القواعد الفقهية وهى أصل الفقه فى الحقيقة.

الفن الثانى: فى فن الفوائد التى تجمع الفروع الفقهية فى باب واحد وهو أنفع الأقسام للمدرس والمفتى والقاضى.

الفن الثالث: فى الجمع والفرق من الأشباه والنظائر.

الفن الرابع: فى الألغاز.

الفن الخامس: فى الأشباه والنظائر فى الأحكام.

الفن السادس: فى فن الحيل.

الفن السابع: فى الحكايات المروية عن الإمام أبى حنيفة وصاحبيه والمشايخ.

وقد جمع الفن الأول خمسًا وعشرين قاعدة، وجعلها على نوعين:

النوع الأول: قواعد أساسية بمثابة الأركان فى المذاهب الفقهية وهى ست قواعد:

الأول: «لا ثواب إلا بالنية»[٤] وهذه تدخل تحت قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

الثانى: «الأمور بمقاصدها».

الثالث: «اليقين لا يزول بالشك».

الرابع: «المشقة تجلب التيسير».

الخامس: «الضرر يزال».

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٥.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٣٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٩.

السادس: «العادة محكمة».

وقد تفرع عن بعض هذه القواعد الست قواعد أخرى.

النوع الثـانى من القواعد التى تضمنها كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم: قواعد كلية أقل اتساعًا وشمولاً من النوع الأول، وتبلغ تسع عشرة قاعدة فى مـوضوعات مختلفة، يتفرع عنها قواعد فرعية أخرى وأحكام جزئية كثيرة.

وقد بسط ابن نجيم القول فـيما يتفرع عن هذه القواعد مـن فروع الأحكام العملية، ومن محاسن هذا الكتاب أن أسـلوبه سهل يوصل أدق المعلومات وأجلها خطرًا وأكثـرها عمقًا إلى ذهن القارئ دون أدنى عناء أو جهـد، ولا يكاد يشعر القارئ له بملل أو سآمة أو تعـقيد، وقد بين المؤلف مع كل قاعدة ذكرها ما يندرج تحتـها من القواعد الفرعية وما لا يدخل تحت كل قاعدة من الأبواب الفقهية بما لا مزيد عليه.

٧- القواعد النورانية لابن تيمية المتوفى سنة ١٢٦٣هـ/ ١٣٢٨م.

هذا الكتاب لا يبدو فيه أن مؤلفه كان غرضه من تأليفه سوق القواعد على النمط المألوف والمعروف تحت هذا الفن، ومع هذا فـإن الكتاب لم يخل عن بعض القواعد الفقهيـة المهمة التى لها شأن كبير فى الفقه الإسلامى.

وقد كان المؤلف أحـيانا يفيض فى ذكر الفروع لبعض هذه القواعـد عند تحرير مسألة من المسائل الفقهية، ويأخذ فى بيان أهمية القواعـد بشكل غير مباشر فى مناسبات مختلفة، وينبه على أن الغرض هو التنبيه على قواعد الشريعة[1].

ومن النماذج الواردة للقواعد فى هذا الكتاب:

١- إذا تعذر جمع الواجبين قدم أرجحهما، وسقط الآخر بالوجه الشرعى[2].

٢- إن المـشكوك فى وجـوبه لا يجب فـعله، ولا يسـتحـب تركه بل يـسـتـحب فـعله احتياطًا[3].

٣- العلم برضى المستحق يقوم مقام إظهاره للرضى[4].

٨- مجلة الأحكام العدلية:

هذه المجلة عبارة عن قانون مدنى مستـمد من الفقه على المذهب الحنفى، وتشتمل على مجموعة أحكام المعاملات، والدعاوى والبينات، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالأستانة، ورئاسة ناظر الديوان سنة ١٢٨٦هـ.

---

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص٧٩.
(٢) المرجع نفسه ص١١٥.
(٣) المرجع السابق ص٩٣.
(٤) المرجع نفسه ص١١٥.

وهذه اللجنة مكونة من فـحول الفقـهاء فى الدولة العثـمانية، وقـد صاغت الأحكام التى اشتملت عليها فى مواد ذات أرقام مسلسلة على نمط القـوانين الحديثة، ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها.

وجاء مجموعها فى ١٨٥١ مادة، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة، وبلغت ستة عـشر كتابًا، أولها: كتاب البـيوع، وآخرها: كتاب القضـاء، وكل باب مقسم إلى أبواب، والباب مقـسم إلى فصول، وقسـمت أحكام كل كتاب إلى مواضـيع أساسية وفـرعية كالتعريفات والشروط والأحكام.

وقد صـدرت مجلة الأحكام العدليـة، بتقرير عن الأسبـاب الموجبـة لوضع هذه المجلة ومشفوعـة بمذكرة إيضاحية، ومـقدمة تناولت أهمية الفقـه وتعريفه وتقسيمـه وتتصدرها تسع وتسعون مادة تدور عليها أحكام كثيرة، وكل مـادة تتضمن قـاعدة، مثـل «الأمـور بـمقاصدها» و «الضرر يدفع بقـدر الإمكان» و «المشقة تجلب التـيسير» وأكثـرها مأخوذ من كتـاب الأشباه والنظائر لابن نجيم.

وكان الهدف من وضع المجلة تيسـير مراجعة الأحكام الفقهية والاقـتصار على قول واحد يعمل به فى كل مـسألة، وترك الاختلافات الأخـرى إلى كتب الفقه، ولم تخـرج المجلة عن أحكام المذهب الحنفى، وهو أهم ثغرة فيها، مما ترتب عليه الضيق فى بعض الجوانب، ولو استعانت اللجنة بآراء المذاهب الأخرى، وخاصة فى باب التعاقد والشروط فى العقد لكان لها شأن كبير(١).

وتعتبر هذه المجلة أول محاولة فى تقنين الشريعة الإسلامية فى العصر الحديث.

ولا زالت هناك محاولات تبذل لإحلال التشريع الإسلامى محل القوانين الوضعية فى كثير من الدول الإسلامية، من أجل أن تستعيد الدولة الإسلامية مجدها، وتتبوأ مكانتها، وتكون لها الهيمنة التامة، والكلمة العليا، وما ذلك على الله بعزيز.

ومنذ ذلك الحين لم تظهر دراسات مكتملة فى علم القواعـد الفقهية على الرغم من كثرة البحوث والدراسات فى مجال الدراسات الفقهية.

وهكذا شاءت الإرادة الإلهـية، أن تتعـدد المناهج، وتختلف الطرق فى حفظ شـريعة الله سبحانه وتعالى، حتى يكون كل فقيه من فقهاء الإسلام على ثغر من ثغوره يدافع عنه، ويدفع كل دخيل عليه بتوضيح أحكام الشريعة حتى تصير بخاصـها وعامها قريبة من العقول والأفهام بفضل الجهابذة الأعلام والفقهاء العظام.

(١) المدخل الفقهى العام للشيخ العالم مصطفى الزرقا ١/ ١٩٦، ١٩٩.

١٢- ثبوت القواعد الفقهية وعلو منزلتها فى الشريعة:

لقد ثبت اعتبار هذه القواعد الفقهية بأدلة كثيرة فى الشريعة الإسلامية وهى ثابتة فى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، والآثار والمعقول. •

أما القرآن الكريم فمنه.

١- قوله تـعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** ﴾ (النساء: ٢٩).

٢- قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ** ﴾ (المائدة: ١).

ووجه الدلالة من الآيتين:

أن النهى فى الآية الأولى شامل لـكل تصرف يؤدى إلى أكل أموال الناس بالبـاطل، سواء كان بالربا أو بالغش أو بالغرر فى البـيع والشراء وغيرهما، فكل ما كان فى غيـر وجه مشروع فهو منهى عنه، ويدخل تحت قاعدة النهى عن أكل أموال الناس بالباطل.

والباطل الذى نهى الله عن أكل الأموال به هو مـا وصفنا مما حرمـه على عباده فى تنزيله أو على لسان رسوله ﷺ[1].

وفى الآية الثانية الأمـر فيها يقتضى الوفـاء لكل عقد واحترام كل مـا يلتزم به الإنسان مع أخيه الإنسان.

فهذه قاعدة كلية يندرج تحتها العديد من الـعقود والتصرفات التى يلتزم الإنسان بها، قال الإمام الطبرى: «قوله تعالى: ﴿ **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ أمر من الله تعالى بالوفاء بكل عقد أذن فيه، فغـير جائز أن يخص منه شىء حـتى تقوم حجة بخـصوص شىء منه يجب التسليم لهـا، فلا معنى لقول من وجه ذلك إلى معنى الأمر بالوفاء ببعض العقود دون بعض»[2].

٣- قـوله تعـالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ** ﴾ (محمد: ٣٣).

ووجه الدلالة أن عدم إتمام العـبادة يعد إبطالا لها، وإلغاء لما شرع فـيه العبد وهو منهى عنه بالنص، فيكون الإتمام واجبًا للخروج من ذلك.

فهذه قاعدة توجب إتمام العبادة بعد شروعها.

---

(١) جامع البيان فى تأويل القرآن للإمام الطبرى ١/ ٢٤.

(٢) نفس المرجع ٤/ ٣٨٨، ويراجع الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد رسالة ماجستـير قدمتها الباحثة مايا نوفيتا أمير زين لكلية البنات بالقاهرة ص٧٣، ٧٤.

٤- قوله تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ (البقرة: ٢٨٦).

ووجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى كشف كربة المسلمين، ودفع المشقة عنهم فى التكليف بما يصعب على الأنفس، لأنه لا تكليف إلا بما يطاق وعلى قدر ما يسع الإنسان ولا يضيق عليه، قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (البقرة: ١٨٥).

فهذه قاعدة كلية توجب رفع المشقة ودفع الكربة عن العباد.

وأما السنة فمنها:

١- قوله ﷺ: شكى إلى النبى ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشىء فى الصلاة قال: «لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»(١).

قال الإمام النووى: وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة من قواعد الفقه، وهى أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها(٢).

٢- قوله ﷺ: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر»(٣).

ووجه الدلالة أن النبى ﷺ شرع الاجتهاد، ورتب عليه الثواب فى الخطأ والصواب، وهذا يعنى أن العلم ممن أصاب أو أخطأ من المجتهدين، ليس فى مقدور أحد منهم، فتكون اجتهاداتهم متساوية فلا يجوز أن ينقض بعضها بعضًا، لاحتمال أن تكون المنقوضة أقوى من الناقض(٤).

٣- قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»(٥) ووجه الدلالة أن الخبر فى هذا الحديث بمعنى النهى، فيصير: اتركوا كل ضرر وكل ضرار، وهذا يفيد أن المصالح تراعى إثباتًا والمفاسد تراعى نفيًا، لأن الضرر مع المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذى مع المصلحة لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما.

---

(١) صحيح البخارى باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن ١/ ٦٤، الحديث رقم ١٣٧.

(٢) شرح النووى على صحيح مسلم ٤/ ٤٩.

(٣) صحيح البخارى باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ٦/ ٢٦٧٦، الحديث رقم: ٦٩١٩.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١.

(٥) المستدرك على الصحيحين ٢/ ٦٦، والحديث رقم: ٢٣٤٥، قال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه.

٤- قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا»(١).

ووجه الدلالة، أن ظاهر هذا الحديث يدل عـلى وجوب احترام كل ما يرتضيـه العاقد من الشروط إلا الشروط التى تحل الحرام أو تحرم الحلال فذلك مردود وغير مقبول فى شريعة الله كما ورد فى الروايات.

وأما الآثار المروية عن السلف الصالح من هذه الأمة فمنها:

١- ما أخرجـه الدارقطنى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أبى مـوسى الأشعرى قال: أما بعـد فإن القضاء فـريضة محكمة، وسنة مـتبعة، فافـهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الناس فى مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يطمع شريف فى حيفك، ولا يخاف ضعيف من جورك.

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جـائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالا، ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم وإن الـحق لا يبطله شىء، ومراجعة الحق خيـر من التمادى فى الباطل.

الفهم الـفهم فيـما يخـتلج فى صدرك؛ مـما يبلغك فى القـرآن والسنة، اعرف الأمـثال والأشباه ثم قس الأمور فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى(٢).

ووجه الدلالة أن قول عمر رضي الله عنه: اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور، فذلك فيه دلالة واضحة على اعتبار القواعـد الفقهية ومدى أهميتها لأن كل قاعدة تجمع تحتـها الفروع الفقهية المتشابهة فقاعدة الأمور بمقاصدهـا مثلاً تدخل فى سبعين بابًا من أبواب الفقه، وتندرج تحتها فروع كثيرة.

٢- ما روى أن عـمر بن الخطاب رضي الله عنه قـال: إننى أنزلت نفسى من مـال الله بمنزلة ولى اليتيم، إن احتجت منه أخذت، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت(٣).

وهذا الأثر ذكـره السـيـوطى على أنه أصل فى قـاعدة: «الـتصـرف على الرعـيـة منوط بالمصلحة»(٤).

وأما المعقول الدال على اعتبار القواعد ومدى أهميتها فمنه:

---

(٦) سنن الترمذى: باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس ٣/ ٦٣٤، الحديث رقم ١٣٥٢ قال أبو عيسى: هذا الحديث حسن صحيح.

(٢) سنن الدارقطنى، كتاب الأقضية ٤/ ٢٠٧ رقم: ١٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٢١.

(٤) المرجع السابق ص١٢١.

١- أن الشارع علل بعض الأحكام بالأوصاف المناسبة لترتب الحكم عليها ومعنى هذا أن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا أو أن الحكم يرد فى كل محل وجدت فيه العلة[١].

٢- أن العقل قاض باستحالة الجمع بين المتنافيين، سواء كانا متناقضين أو متضادين، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٨٠) أنه «لا حجة مع التناقض، ولكن لا يختل معه حكم الحاكم».

ومعنى هذه القاعدة: أن الحجة لا تعتبر ولا يعمل بها مع قيام التناقض فيها أو فى دعوى المدعى، ومن التناقض فى الحجة أن يرجع الشاهدان عن شهادتهما غير أنه لو حكم الحاكم بها قبل تبين بطلانها، فإنه لا ينتقض حكمه، وإنما يلزم الضمان المحكوم به على الشاهدين[٢].

وفى مجلة الأحكام العدلية أن «كل ما له ضد فإنه يرتفع بطروئه عليه»[٣].

ومن ذلك تعلم أن الحدث ضد الوضوء، والفطر ضد الصيام، فمن أحدث أو أفطر فقد ارتفع وضوؤه وصيامه، أما الكلام فليس ضدًا للصلاة بل هو محظور فيها فلا يبطلها مع وجود العذر[٤]، وعليه فإن الجواز الشرعى ينافى الضمان[٥].

والعقل قاض بأن يكون الضمان بالتعدى وبفعل ما لا يجوز فكيف يجتمع مع التجويز الشرعى؟.

ونصت المجلة على أن «الأجر والضمان لا يجتمعان»[٦].

والمراد من الأجر فى هذه القاعدة بدل المنفعة والضمان الغرامة لقيمة الشىء أو نقصانه، وهما لا يجتمعان إذا اتحدت جهتهما[٧]، وبتعبير آخر أنهما لا يجتمعان فى محل واحد، من أجل سبب واحد.

٣- أن العقل حكم بوجود علاقة التلازم بين شيئين:

ويتفرع على ذلك بعض القواعد من أهمها:

(أ) «إذا سقط الأصل سقط الفرع»[٨].

---

(١) الإبهار ٣/ ١٤٢ بتصرف.

(٢) درر الحكام ١/ ٧٠، شرح المجلة للأتاسى ١/ ٢٢٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٠٥.

(٣) قواعد المقرى ٢/ ٥٧٣.

(٤) المرجع السابق/ ٥٧٣.

(٥) مجلة الأحكام العدلية المادة (٩١).

(٦) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٣١.

(٧) درر الحكام ١/ ٧٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٣١.

(٨) شرح القواعد للزرقا ص٤٣١.

وذلك لأن ممــا يتقاضــاه العقل والحس أن الفرع أو التـابع لا ينفرد بالحكم، فـإذا سقط أصله الذى ينفرد بالحكم لزم من ذلك سقوط الفرع.

(ب) «إذا بطل الشيء بطل ما فى ضمنه»[١].

والمعنى فى ذلك أن المـتضمن لشيء إذا بطل فإن ذلك الشيء يبطل تبـعًا له، لأن ما فى ضمن الشيء تابع له، فـإذا بطل الشيء بطل ما هو من لوازمه وتوابعـه، وهذا من مقتضـيات العقل لوجود التلازم بين الأمرين المذكورين.

(جـ) «من ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته»[٢].

والمفــهوم من ذلك أن ضــرورات الشيء ما لا بد منهــا لذلك الشيء، وتفســر بالضرورة العقلية التى تحـرك الفكر لإدراك الحكم للشيء بدون ذكره[٣]، وأقرب مـثال لذلك: الطريق بالنسبة إلى الدار، إذا كان مـوصلاً إليها، وحق إنشاء البناء، وإعلاء سـمكه بالنسبة لمن ملك الأرض.

فالـطريق الموصل إلى الدار يحكم الـعقل بضـرورته للانتفـاع بالدار، وملك الأرض من ضروراته أن يملك صاحبها البناء عليها بما يحقق الانتفاع بالأرض.

ثم إن هذه القواعـد الفقهيـة مهمـة للفقيه مـن حيث إنها وسيلة لتـحقيق علوم الشـريعة وشمولها للأحكام العملية والحوادث التى تتجدد على مر العصور والأجيال.

وقد أشاد الإمام القرافى بمنزلة القـواعد الفقهية ومكانتها فذكر أن قـدر الفقيه يعظم بقدر إحاطته بها، وفضله يعلو كلما كان على صلة وثيقة بهـا، فيقول فى مقدمة كتابه الفروق: «إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهـما: المسمى أصول الفقه، وأغلب مباحثه فى قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ، كدلالة الأمـر على الوجوب، ودلالة الـنهى على التحـريم، وصيغ العـموم وما يتـصل بذلك كالنسخ والترجيح.

والثـانى: هو القواعد الكلية الفقهية، وهى جليلة القـدر كثيرة العدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمـه، لكل قاعدة من الفروع فى الشـريعة ما لا يحصى، ولم يُذكـر منها شيء فى أصول الفقه، وإن أشير إليها هناك على سبيل الإجمال لا التفصيل.

وهذه القواعد مهمة فى الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، وتتضح له مناهج الفتـوى وتكشف ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجـزئية دون القواعد

---

(١) المرجع السابق ص٢٧٣.

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة: (٤٩).

(٣) شرح المجلة للأتاسى ١/ ١١٣.

(٤) درر الحكام ١/ ٤٨.

الكلية، تناقـضت عليه الفروع، واختلفت واحـتاج إلى حفظ جزئيـات لا تتناهى، ومن ضبط الفقـه بقواعده اسـتغنى عن حفظ أكـثر الجزئيـات لاندراجها فى الكليـات، وتناسب عنده ما تناقض عند غيره(١).

ولا شك أن دراسة القواعد الفقهية تؤدى أجل الخدمات للفقه والفقهاء، فمن حيث نفعها للفقه تجعله دائم التجدد فلا تتحجر مسائله ولا تتجمد قضاياه.

ومن حيث نفـعها للفـقهاء تأخـذ بأيديهم إلى أيسر السـبل لاستنباط الأحكام، وضـبطها بضوابط وقوانين فى شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة فى العلل، أو تجمعها وحدة المناط، سواء اختلفت موضوعاتها، وأبوابها أو اتحدت(٢).

١٣- مراتب القواعد الفقهية وأنواعها:

القواعد الفقهية ليست على درجة واحدة، بل إنهـا على درجات متفاوتة ولها أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة كما أنها ليست جميعها متفقًا عليها بين المذاهب الفقهية.

اولاً : تنقسم القواعد من حيث مصدرها إلى الأقسام التالية:

١ - القواعد الفقهية التى مصدرها القرآن:

ومن أمثلتها:

ـ قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

فإن أصلها قـول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحج: ٧٨) وقـوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (البقرة: ١٨٥) فإن هاتين الآيتين تدلان دلالة واضحة علـى أن الله تعالى شرع الأحكام سهلة مـيسرة، وأن الشريعـة لم تكلف الناس بما لا يطيقـون، أو بما يوقعـهم فى الحرج والضيق، أو بمـا لا يتفق مع غرائزهم وطبـائعهم، وأن مراعاة التيسير والتخفيف مرادة ومطلوبة من الشارع الحكيم.

والأدلة على رفع الحرج فى هذه الأمة قـد بلغت مبلغ القطع(٣) لذلك سـمى هذا الدين بالحنيفية السمحة لما فيه من التسهيل والتيسير.

ـ قاعدة «الضرر يزال».

فإن هذه القاعدة تستند إلى نصوص كثـيرة من القرآن الكريم ومنها: قوله تعالى: ﴿فَـمَنِ

---

(١) الفروق ١/ ٣ مع تصرف فى العبارة.
(٢) إيضاح المسالك إلى مذهب الإمام مالك ص١٢٢.
(٣) الموافقات للشاطبى ١/ ٢٥٤.

اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (البقرة: ١٧٣) وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (المائدة: ٣).

فمن هذه النصوص التى وردت فى القرآن متضمنة معنى الضرر أخذت قاعدة «الضرر يزال».

ـ قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»[(١)].

وهى قاعدة متفرعة عن قاعدة: «الضرر يزال»[(٢)] باعتبار أنها أخص منها، لكن هناك نصوص أخرى تدل على هذه القاعدة، وهى أوضح فى الدلالة على معناها، ومنها قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (الأنعام: ١١٩) وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ فقد استنبطت هذه القاعدة من الآيات التى وردت فى معنى الضرورة، وأن هذه الضرورات تبيح المحظورات.

٢- القواعد التى مصدرها السنة النبوية:

ومن أمثلتها:

ـ قاعدة: «الحدود تسقط بالشبهات»[(٣)].

فإن هذه القاعدة مستنبطة ومأخوذة من قوله ﷺ: «ادرأوا الحدود بالشبهات»[(٤)].

وفى رواية «ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجًا، فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة»[(٥)].

ـ قاعدة: «ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً»[(٦)].

فإن هذه القاعدة قال فيها الإمام السيوطى: إنها مستنبطة من قوله ﷺ لعائشة رضي الله عنها: «أجرك على قدر نصبك»[(٧)] وهذا المعنى أيدته أحاديث كثيرة متعددة مثل قوله ﷺ: «إن أعظم الناس أجرًا فى الصلاة أبعدهم ممشى...»[(٨)].

ـ قاعدة: «لا يُجْمَع بين معاوضة وتبرع»[(٩)].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٨٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥.

(٢) المرجع السابق ص٨٦ وابن نجيم ص٨٥.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٢٢.

(٤) فتح البارى ١٢/ ٢٦٢، سنن البيهقى الكبرى ٨/ ٣١.

(٥) سنن الترمذى باب ما جاء فى درء الحدود ٤/ ٣٣ الحديث رقم: ١٤٢٤.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٤٣.

(٧) صحيح البخارى أجر المرء على قدر النصب الحديث رقم ١٦٩٥.

(٨) صحيح البخارى باب صلاة الفجر فى جماعة ١/ ٢٣٣، الحديث رقم ٦٢٣.

(٩) القواعد النورانية لابن تيمية ص١٦٤.

فإن هذه القاعدة قد أخذت من قول رسول الله ﷺ : «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان فى بيع، ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»[١].

وذلك لأن التبرع إذا كان لأجل المعاوضة لا يصير تبرعًا مطلقًا فيصبر جزءًا من العوض، فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض فقد جمعا بين أمرين متنافيين[٢].

ـ قاعدة: «العادة محكمة».

فإن هذه القاعدة، وردت فى العرف والعادة وعلى هذه القاعدة تنبنى كثير من الأحكام التى تتغير بتغير العرف والعادة الجارية، وأصل هذه القاعدة قوله ﷺ : «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»[٣].

٣- القواعد الفقهية التى مصدرها الإجماع:

ومن أمثلتها:

ـ «الأصل بقاء ما كان على ما كان»[٤].

ـ «القديم على قدمه»[٥].

ـ «الضرر لا يكون قديما»[٦].

ثانيا: تنقسم القواعد الفقهية من حيث اتساعها وشمولها إلى ما يلى:

١- القواعد الكلية الكبرى التى تشبه النظريات العامة فى العصر الحديث لاستيعابها أحكامًا لا تحصى من مختلف أبواب الفقه وهى الخمس المشهورة.

ـ قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

ـ قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».

ـ قاعدة «المشقة تجلب التيسير».

ـ قاعدة: «الضرر يزال».

ـ قاعدة: «العادة محكمة».

٢- القواعد الفقهية المشتملة على أبواب كثيرة ولا تختص بباب واحد معين من أبواب الفقه لكنها أقل اتساعًا من القواعد الخمس الكبرى ومن أمثلتها:

(١) سنن الترمذى باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ٣/ ٥٣٥.

(٢) القواعد النورانية لابن تيمية ص١٦٤.

(٣) المستدرك على الصحيحين ٣/ ٨٣، الحديث رقم: ٤٤٦٥، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٥١.

(٥) مجلة الأحكام العدلية وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٩٥.

(٦) المادة (٧) من مجلة الأحكام العدلية.

قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»(١).

فإن هذه القـاعدة مأخوذ من إجمـاع الصحابة الذى نقله ابن الصـباغ أن أبا بكر حكم فى مسائل خالفه عمر فيها ولم ينقض حكمه، وأن عمر حكم فى المسألة المشركة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة وقال ذلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضى.

وعلته: أنه ليس الاجتـهاد الثانى بأقوى من الاجـتهاد الأول فإنه لو قيل بنقض الاجـتهاد الثانى للأول لأدى ذلك إلى أنه لا يسـتقر الحكم وفى ذلك مشقـة شديدة، فإنه إذا نقض هذا الحكم ينقض ذلك وغيره وهلم جرًا(٢).

٤- القواعد التى مصدرها القياس:

وهذه القواعد الفقهية المخرجة على هذا الأصل المسمى بالقياس كثيرة ومنها ما يأتى:

- «الغالب مساوٍ للمحقق فى الحكم»(٣).
- «المعدوم شرعًا كالمعدوم حقيقة»(٤).
- «كتابة الأخرس كإشرته»(٥).
- «كل عضو حرم النظر إليه حرم مسه بطريق أولى»(٦).
- «من ملك التنجيز ملك التعليق ومن لا فلا»(٧).

٥- القواعد الفقهية التى مصدرها الاستصحاب:

ومن أمثلتها ما يأتى:

- «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام».
- «الإيثار فى القرب مكروه، وفى غيره محبوب».
- «التابع تابع».
- «الحدود تسقط بالشبهات».
- «الحر لا يدخل تحت اليد».
- «إعمال الكلام أولى من إهماله»(٨).

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١.
(٣) قواعد المقرى ١/ ٣٤١ قاعدة ١٧.
(٤) قواعد المقرى ١/ ٣٣٣ قاعدة ١٠٩.
(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٤٣.
(٦) الأشباه والنظائر لابن السبكى ١/ ٣٦٧.
(٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٣٧٨.
(٨) الأشباه والنظائر للسيـوطى ص١٠٥، ١١٦، ١١٧، ١٢٤، ١٢٨ والمنثور ١/ ١٨٣، والفروق للقرافى ١/ ٣ مع تصرف فى العبارة.

القواعد الفقـهية المشتملة على مسـائل معينة متعلقة بأبواب الفقـه، وقد أطلق عليها ابن السبكى بالقواعد الخاصة وهى بمعنى الضابط وفق من يرى أنه مختص بباب واحد ومن أمثلتها:

- «كل ميتة نجسة إلا السمك والجراد»[١].
- «الجمادات طاهرة إلا المستحيل إذا نتن أو أسكر»[٢].
- «الاعتبار فى تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم»[٣].
- «كل مكروه فى الجماعة يسقط فضيلتها»[٤].
- «كل ما يثبت فى الذمة لا يصح الإقرار به»[٥].

ثالثا: تقسيم القواعد من حيث الاختلاف والاتفاق:

يمكن تقسيم هذه القواعد من حيث الاتفاق والاختلاف بين المذاهب إلى ما يلى:

١- القواعد الفقهية المتفق عليـها بين جميع المذاهب وهى القواعد الكبرى الخمس التى سبق ذكرها، والتى قيل: إن الفقه مبنى عليها.

٢- القواعد الفقهيـة المتفق عليها بين أكثر المذاهب الفقهية، كـالقواعد التسع عشرة التى ذكرها ابن نجيم فى النوع الثـانى من الفن الأول من كتابه الأشباه والـنظائر، التى اختارها من مجموع أربعين قاعدة ذكرها السيوطى فى الكتاب الثانى من كتابه الأشباه والنظائر ومنها:

- الاجتهاد لا ينقض بمثله.
- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام على الحلال.
- التابع تابع.
- تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.
- الحدود تدرأ بالشبهـات وغيرها مما هو مدون ومذكـور فى الأشباه والنظائر لابن نجيم والسيوطى[٦].

٣- القواعـد المختلف فـيها بين علمـاء المذاهب الفـقهية الـمختلفـة، وهى ما بقى من القواعد الأربـعين التى ذكرها السيـوطى بعد إخراجه التـسع عشرة التى اختـارها ابن نجيم فى أشباهه، إذ هى قواعد متفق عليها فى المذهب الشافـعى، ولكنها مختلف فيها فيما بينهم وبين الحنفية، ومن أمثلتها:

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكى ١/ ٢٠٠.
(٢) المرجع السابق ١/ ٢١٨.
(٣) الأشباه لابن السبكى ١/ ٣٩٠.
(٤) الأشباه للسيوطى ص٤٣٨.
(٥) الأشباه للسيوطى ص٤٦٦.
(٦) راجع: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٥ - ١٦٢، والسيوطى ص١٠١، ١٦٢.

- الظن هل ينقض بالظن أو لا؟.
- هل العبرة بالحال أو المآل؟.
- النادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه؟.

ومثل هذه القواعد يتردد ذكـرها كثيرًا على ألسنة الفقهاء حينما يتـعرضون لسبب الخلاف فى المـسألة ومـنهم ابن رشد فى «بدايـة المجـتهـد» والدبوسى فى «تأسـيس النظر» والأئمـة المجتهدون: أبو حنيفة ومالك والشافعى وابن حنبل وغيرهم(١).

٤- القواعـد الفقهيـة المختلف فيـها بين علماء مـذهب معين والغالب ترد هذه القـواعد بصيغة الاستفهام(٢)، ومن أمثلتها عند الشافعية:

- الجمعة ظهر مقصورة، أو صلاة على حيالها؟ قولان، ويقال: وجهان(٣).
- النذر هل يسـلك به مـسلك الواجب أو الجـائز؟ قـولان، والتـرجـيـح مـخـتلف بين الفروع(٤).
- الحوالة هل هى بيع أو استيفاء؟ خلاف(٥).
- الإبراء هل هو إسقاط أو تمليك(٦)؟.
- إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم(٧)؟.

ومن أمثلتها عند المالكية:

- الغالب هل هو كالمحقق أو لا؟.
- الواجب الاجتهاد أو الإصابة؟.
- العصيان هل ينافى الترخص أو لا؟.
- الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أو لا(٨)؟.

رابعا: تقسيم القواعد من حيث الاستقلالية والتبعية:

القواعد الفقهية تنقسم من هذه الحيثية إلى ما يلى:

١- القواعـد المستقلة أو الأصـلية، وهى القواعد التى لـم تكن قيدًا أو شرطًا فى قـاعدة أخرى، ولا متفرعة عن غيرها.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٦٢.
(٢) القواعد الفقهية للدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين ص١٢٦ - ١٢٧.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٦٢.
(٤) نفس المرجع ص١٦٤.
(٥) نفس المرجع ص١٧٠.
(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٧١.
(٧) نفس المرجع ص١٨٢.
(٨) إيضاح المسالك ص١٣٦، ١٥١، ١٦٢، ٦٣.

ومن أمثلتها:

ـ القواعد الخمس الكبرى فكل قاعدة منها قائمة بنفسها.

ـ إعمال الكلام أولى من إهماله.

ـ الخراج بالضمان[١].

ـ من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه.

ـ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة[٢].

٢- القواعد الفقهية التابعة، ويراد بالتابعة هنا أنها قواعد تخدم غيرها من القواعد، وهى تكون من جهتين:

الجهـــة الأولى: أن تكون متفرعـة من قاعدة أكبر منها، أى أنها تمـثل جانبا من جوانب القاعدة أو تكون تطبيقًا فى مجالات معينة للقاعدة الأصلية.

ومن أمثلتها:

ـ الأصل فى الصفات العارضة العدم[٣].

ـ الأصل براءة الذمة[٤].

ـ الأصل فى المياه الطهارة[٥].

فهذه القواعد الثلاثة تابعة لقاعـدة (اليقين لا يزول بالشك) وهى تمثل جانب اليقين منها، وبوجه خاص هى تطبيقات للأصل العدم[٦].

الجهة الثانية: أن تكون قيدًا أو شرطًا فى غيرها أو استثناء منها.

ومن هذه القواعد التى هى قيد فى غيرها أو شرط فيها:

ـ الضرورة تقدر بقدرها[٧].

ـ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

ـ الضرر لا يزال بالضرر[٨].

فهذه القواعد الثلاثة تعد قيودًا أو شروطًا فى قاعدة «الضرر يزال».

ـ إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٢٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٥٢، ١٥٤.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٣.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٥٢.

(٥) المجموع ١/ ٢٢٤.

(٦) القواعد الفقهية للدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين ص١٢٨.

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٨٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٦.

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٨ والأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٢.

- لا عبرة بالعرف الطارئ.
- العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعًا[١].

فهذه القواعد الثلاثة تمثل قيودًا أو شروطًا لقاعدة «العادة محكمة».

ومن أمثلة القواعد المستثناة من غيرها قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات «فإنها تستثنى حالات الضرورة من المحظورات الشرعية.

١٤- فوائد القواعد الفقهية:

القواعد الفقهية لها مزايا متعددة وسمات متنوعة تتحقق من دراستها، وقد لعبت دورًا هامًا فى تنظيم الفروع الفقهية بصفة عامة وفى التفقه واكتساب الملكة العلمية بصفة خاصة بما تقوم به من تصوير بارع للمبادئ الفقهية وكشف آفاقها الواسعة وحصر مسالكها المتشعبة، وضبطها لفروع الأحكام العملية بضوابط وقوانين فى شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة فى العلل أو وحدة المناط سواء اختلفت موضوعاتها وأبوابها أو اتحدت[٢].

ويكفى فى أهمية دراسة علم القواعد الفقهية الذى أطلق عليه علم الأشباه والنظائر ما ذكره القرافى بقوله:

هذه القواعد مهمة فى الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف... إلى أن قال: ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية اضطربت، وضاقت نفسه لذلك، وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التى لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها.

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها فى الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب[٣].

وبذلك تتحقق له القدرة على التفريع، لأنه اهتدى إلى وجه الارتباط بين الفروع وما تفرعت عنه.

ويمكن إجمال الفوائد التى يمكن أن تتحقق من دراسة القواعد الفقهية فيما يأتى:

أولاً: أن قواعد الفقه ضبطت الفروع المنتشرة المتعددة ونظمتها فى سلك واحد، مما يمكّن من إدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة، ويزود المطلع عليها بتصور سليم يدرك به الصفات الجامعة بين هذه الجزئيات.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٢، والمنثور ٢/ ٣٥٦.

(٢) إيضاح المسالك إلى مذهب مالك ص١٢٢.

(٣) الفروق ١/ ٣.

قال ابن رجب مبينًا هذه الفائدة: «تنظم هذه القواعد للدارس منثور المسائل فى سلك واحد وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد»[١].

ثانيًا: هذه القواعد فى كل مذهب تعطى تصورًا كليًا للمذهب بحيث يسهل الوقوف على مسائله وفروعه، وإدراك مراميه، لأن الإحاطة بالفروع الفقهية غير ممكن، كما أنها سريعة النسيان، ولا تثبت فى الذهن ويحتاج الرجوع إليها كل مرة إلى بذل جهد ووقت فلا بد من الرجوع إلى القاعدة التى تجمع تلك الفروع فى مسألة واحدة.

لذلك كان الضبط بالقوانين والقواعد الفقهية، ليسهل حفظ الفروع، ويغنى عن حفظ أكثر الجزئيات كما قال الإمام القرافى.

ثالثًا: أن فهم هذه القواعد وحفظها يساعد الفقيه والمفتى على استنباط الأحكام، ويطلعه على حقائق الفقه ومآخذه، ويمكنه من تخريج الفروع بطريقة سليمة، ويجعله قادرًا على استنباط الحلول للوقائع المتجددة.

ولا يبلغ الفقيه هذه المنزلة إلا إذا شد المئزر وكشف عن ساعد الجد وشمر واعتزل أهله ولازم التردداد إلى الأبواب فى الليل ودأب فى التكرار والمطالعة بكرة وأصيلاً[٢]... ولهذا قال بعض الأصحاب: الفقه معرفة النظائر[٣]، وذلك لأن القواعد الفقهية تمد الفقيه بالحلول الجزئية وتجعل الفقه دائم التجدد، فلا تتحجر مسائله ولا تتجمد قضاياه.

رابعًا: أن القواعد الفقهية تساعد على معرفة مقاصد الشريعة وأسرارها، فإن معرفة القاعدة العامة التى تندرج تحتها مسائل عديدة يعطى تصورًا واضحًا عن مقاصد الشريعة فى ذلك، فقاعدة «الضرر يزال» يفهم منها أن رفع الضرر مقصد من مقاصد الشريعة.

خامسًا: أن تخريج الفروع استنادًا إلى القاعدة الكلية يجنب الفقيه من الوقوع فى التناقض الذى قد يترتب على التخريج بالمناسبات الجزئية.

وقد نبه القرافى على هذا بقوله: «من جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، فضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التى لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها»[٤].

سادسًا: أن القواعد الفقهية يسهل بها على الدارس المقارنة بين المذاهب فتكون المقارنة

(١) القواعد لابن رجب الحنبلى ص٣ بتصرف فى العبارة يسير.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٤١ بتصرف.

(٣) نفس المرجع ص٦. (٤) الفروق ١/ ٧.

بين الكليات والنظريات لا بين الفـروع الجزئية بعضهـا ببعض، ويتيح لرجال القـانون الفرصة الكافية للاطلاع على التراث الفقهى دون الرجوع إلى المطولات الفقهية[١]، وهذا من شأنه أن يمكن غير المتخصيصين فى علوم الشريعة من الاطلاع على هذا التراث الفقهى بيسر وسهولة.

يقول الإمام القرافى: «إذا رأيت الأحكام مخرَّجة على قواعد الشرع، مبنية على مأخذها، نهضت الهمم حينئذ لاقتباسها»[٢].

١٥- حجية القواعد الفقهية:

من المسلم به أن القواعد الفقـهية لها أهمية قصوى فى تكوين الملكة الفقـهية لدى الفقيه فهى تجمع الفروع والجزئيـات المتناثرة تحت القاعدة فى معظم أبواب الفقه المخـتلفة فيسهل الرجوع إليها والإحاطة بهـا ولكن هل يجوز جعل القواعد الفقهيـة دليلاً يستنبط منها الأحكام الفقـهية وإذا كان يصح ذلك فـما مدى صحـة جعلها دليـلاً يستند إليه، ومدركًـا يؤخذ به فى التعليل والترجيح؟.

لا شك أن الفقـهاء يتفقون على أن الـقواعد الفقهـية إذا كان أصلها مـستندًا إلى دليل من كتـاب أو سنة فإنها تعتـبر دليلاً شرعـيًا يمكن استنبـاط الأحكام منها إذ الاحتجـاج بمثل هذه القواعد نابع من الاحتجاج وبأصلها، وذلك مثل قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» فإن مصدرها قول الله تعالى: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾ (الحج: ٧٨).

وقاعـدة: «الأمور بمقاصـدها» فإن مصدرها قـول النبى ﷺ: «إنما الأعمـال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى».

أما القواعد التى أسسـها الفقهاء نتيجة استـقراء المسائل الفقهية المتـشابهة فهى محل نظر واختلاف بين الفقهاء فى حكم الاحتجاج بها.

والرأى الأول: هو القائل بعدم حجية القواعد وعدم الاعتماد عليها فى استنباط الأحكام، وممـن ذهب إلى هذا الرأى الإمام الجـوينى، وابن نجيم وابن دقـيق العيـد وغيـرهم وهؤلاء جميعًا قرروا أن استخراج الحكم الفقهى من القاعدة منهج غير سليم... فلا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد، ولا ينبـغى تخريج الفروع عليها، إذ ليس من المعـقول أن يجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع... وإنما تعتبر شاهدًا يستأنس به ولا يعتمد عليه فى تقرير الأحكام وتخـريج القضايا الجديدة على المـسائل الفقهـية المدونة إذ لها فـائدة كلية فى ضبط المسائل[٣].

---

(١) المدخل الفقهى وتاريخ التشريع للدكتور عبد الرحمن الصابونى والدكتور خليفة بكر ص٣٨٦.
(٢) الذخيرة للقرافى ١/ ٣٤ مطبعة كلية الشريعة بالقاهرة بدون تاريخ.
(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ١/ ١٠ مكتبة النهضة بيروت.

وقد جاء فى (غمز عيون البصائر) ما نصه قال:

«إنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية، خصوصًا وهى لم تثبت عن الإمام، بل استخرجها المشايخ من كلامه»[١].

وجاء فى شـرح المجلة للعلامـة على حيدر قوله: فـحكام الشرع ما لم يقـفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد»[٢].

ويمكن إجمال تعليل هذا القول فى نقاط على النحو التالى:

١- أن القواعد الفـقهية أغلبيـة، وليست كلية فى نظرهم، وهى لا تخلو عن المسـتثنيات ومن المحتـمل أن تكون المسألة التى يراد حكمهـا من المسائل المستـثناة وبناء على ذلك فلا يجوز الحكم على أساس القواعد ولا ينبغى تخريج الفروع عليها.

٢- أن كثيرا من القواعد الفقهية استقـرائية، وأن الكثير منها لم يستند إلى استقراء تطمئن له النفوس، لأنهـا كانت نتـيجة تتـبع فروع فقـهيـة محدودة لا تكفى إلى زرع الطمـأنينة فى النفوس، وتكوين الظن الذى بمثله تثبت الأحكام.

٣- أن القواعد الفقهية هى ثمرة للفروع المختلفة، وجامع ورابط لها، وليس من المعقول أن نجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلاً من الأدلة الشرعية[٣].

الرأى الثـــانى: القول بحجية القواعد الفقهيـة، وصلاحيتها للتدليل والترجيح ومن هؤلاء الإمام القرافى فقد قال بنقض حكم القاضى إذا خالف قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض ومثل لذلك بمـا لو حكم القاضى ببقـاء الزوجية، وعدم إيقـاعه الطلاق وعلل ذلك بمخـالفة قاعدة الشرط التى هى صحة اجتماعه مع المـشروط قال: «لو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسـألة السريجيـة نقضناه، لكونه على خـلاف قاعدة: «إن الشرط قـاعدته حجة اجتماعـه مع المشروط، وشرط السريجية لا يجتمع مع مـشروطه أبدًا فإن تقدم الثلاث، لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها»[٤].

والمسألة السُّريجيـة سميت بذلك نسبة إلى أبى العباس أحمد بن عـمر بن سريج الشافعى المتـوفى سنة ٣٠٦هـ وهى أن يقول الزوج لزوجتـه: إن طلقتك فأنت طالق قـبله ثلاثًا، وقد أفتى ابن سريج بعدم وقوع الطلاق فى هذه الحالة، وهى مسألة خلافية بين العلماء[٥].

والقرافى جعل مخالفة القاعدة السالمة عن المعارض فى درجة الحجج القوية التى ينقض

(١) غمز عيون البصائر فى الأشباه والنظائر للحموى ١/ ٣٧. (٢) درر الحكام ١/ ١٠.

(٣) القواعد الفقهية للدكتور على الندوى ص٢٩٤. (٤) الفروق ٩٨.

(٥) [illegible] الطالبين ٨/ ١٩٢، ١٩٣ طبعة المكتب الإسلامى بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

لهـا حكم القاضى إذا حكم بخـلافهـا أى أنه جـعل هذه القاعـدة فى منزلة النص والإجمـاع والقياس الجلى(١)، وفى هذا دلالة على الاحتجاج بالقاعدة الفقهية.

ويؤيد هذا الاتجاه ابن عرفة من فقهاء المذهب المالكى، فقد نقل عنه: جواز نسبة القول إلى المذهب المـالكى إذا كان استنباطًـا من القاعدة الفقـهية وذلك حين سـئل: هل يجوز أن ينسب إلى المذهب قـول من له معرفة بقـواعد المذهب ومشـهور أقواله والترجيـح والقياس؟ فأجاب بقوله: يجوز له ذلك بعد بذل جهـده فى تذكر قواعد المذهب، ومن لم يكن كذلك، لا يجوز له ذلك(٢).

ومن العلماء الذين نسب إليهم الاستدلال بالقواعد الفـقهية على استنباط الأحكام منها أبو طاهر إبراهيم بن عبد الصمد المعروف بابن بشيـر المالكى، فقد كان رحمه الله يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه وعلى هذا مشى فى كتابه التنبيه(٣).

ويبدو أن المـراد من ذلك قواعد الفقـه لا القواعد الأصـولية بدليل قول ابن فرحـون بعد ذلك: وهى طريقة نبه الشيخ تقى الدين بن دقيق العيـد أنها غير مخلصة، وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية(٤).

وهذا وغيره يدل على صحة بناء الحكم استنادًا إلى القواعد الفقهية.

والخـلاصـة أن القواعد التى لها نصوص شرعية تعـتبر حجة ودليلا تستنبط منه الأحكام الشرعية شأنها فى ذلك شأن النصوص نفـسها إذا كان للقواعد أصل من الكتاب أو السنة أو أن الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها.

وكذلك إذا كانت القـواعد الفقهية مـعبرة عن دليل أصولى كقاعـدة: «الأصل فى الأشياء الإباحة» وقاعدة: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب» فـفى مثل هذه القواعد يجوز الاستناد إليها فى استنباط الحكم وإصدار الفتوى.

أما القواعد التى لها أصل من طرق أخرى من الأدلة، كالقياس والاستصحاب والاستدلال العقلى أو المستنبطة بطريقـة الاجتهاد فهى تابعة لنوع الدليل ومدى الأخـذ بما يترتب عليه من الأحكام أو نقول: إن عدم جواز استناد القاضى أو المفـتى إلى إحدى القواعد الفقهية التى من هذا النوع وحدها يكون فيما إذا وجد نص فقـهى يمكن الاستناد إليه، أما إذا كانت الحادثة لا

(١) الفروق ٢/ ٤٠.

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للخطاب ١/ ٢٨.

(٣) الديباج المذهب ص٨٧. (٤) نفس المرجع ص٨٧.

يوجد فيها نص فقهى أصلاً لعدم تعرض الفقهاء لها ووردت القاعدة التى تشملها، فعندئذ يمكن استناد الفتوى والقضاء إليها[١].

١٦- تطور صياغة القواعد الفقهية:

القواعد الفقهية على النحو الذى آلت إليه أخيرًا، عبارة عن نصوص موجزة وجيزة تتضمن أحكامًا تشريعية عامة للمسائل الفرعية التى تتجدد على مر الزمان مثل قاعدة: الأمور بمقاصدها، والعادة محكمة، واليقين لا يزول بالشك وغيرها، فهذه القواعد وإن كانت كل واحدة منها لا تتعدى الكلمتين إلا أنها تشمل من التشريعات ما لا يحصى عدده[٢] من الأحكام الفرعية ولذلك فالقاعدة تمتاز بالإيجاز فى صياغتها مع شمولها وسعة معناها، وهى لذلك من جوامع الكلم الذى تميز به النبى ﷺ وتميزت به أمته حيث قال: «أوتيت جوامع الكلم»[٣].

ولم تظهر هذه القواعد بهذا المستوى الراقى الذى وصلت إليه إلا بعد ما نمى الفقه وترعرع واتسع نطاقه وتكاثرت مسائله، وهذه الأساليب يذكرونها مرة بعنوان القواعد والضوابط، وتارة بعنوان: الألغاز والمطارحات، وغير ذلك من الفنون الأخرى فى الفقه إلى أن تم بناء القواعد الفقهية وأصبحت فنًا مستقلاً استخلصت من مصادرها الفقهية فى مختلف المذاهب، وأصبحت لها صياغة علمية رشيقة على يد الفقهاء الجهابذة الثقاة الأثبات، فهى أصول فقهية كلية فى نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكامًا تشريعية عامة فى الحوادث التى تدخل تحت موضوعها، فهى تمتاز بمزيد الإيجاز فى صياغتها على عموم معناها وسع استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراق مثل لفظة: (المؤمنون).

ومن الأدلة على التطور فى الصياغة الفقهية الفنية للقواعد، أن كثيرًا من صيغ القواعد تختلف فى كتب المتأخرين عنها فى كتب المتقدمين، فمثلاً القاعدة المتداولة فى كتب المتأخرين فى كون الإقرار إنما يلزم صاحبه المقر به، ولا يسرى حكمه على غيره ونصها الذى هى عليه الآن: «الإقرار حجة قاصرة»[٤].

---

(١) القواعد الفقهية للدكتور على الندوى ص٢٩٥، الشك وأثره فى العبادات رسالة ماجستير بكلية دار العلوم إعداد حسن أحمد مصطفى ص١٥.

(٢) الدر المنثور للزركشى ص١٦.

(٣) صحيح البخارى ١/ ٧٠ باب التيمم، ورواه مسلم فى صحيحه ٣/ ٣ كتاب المساجد ومواضع الصلاة.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٢٥، والأشباه والنظائر للسيوطى ص٤٦٤.

أصل هذه القاعدة فى قـواعد الإمام الكرخى[1] هو: «أن المرء يعامل فى حق نفـسه كما أقر به، ولا يَصْدُق على إبطال حق الغير ولا إلزام الغير حقًا».

وكذلك القاعدة التى تقول: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»[2].

كان أصلها فى قـواعد الكرخى: «الأصل أنه إذا قضى بالاجتـهاد لا يفسخ باجتـهاد مثله ويفسخ بالنص»[3].

والظاهر أن المـذهب الحنفى هو أقدم المـذاهب الأربعة الكبرى فى وضع الـقواعد فـقد كانت الطبقات العليا من فقهائه أسبق إلى صياغـة تلك المبادئ الفقهية الكلية فى صيغ قواعد، والاحتجاج بها، وعنهم نقل رجال المذاهب الأخرى ما شاءوا منها.

وكانت هذه القواعد تسـمى: «أصولاً» فكثيرًا ما نرى المؤلفـين فى القواعد يقولون: «من أصول أبى حنيفة، أو الأصل عند أبى حنيفة كذا وكذا» ويذكرون بعض هذه القواعد، كما نراه فى كتاب «تأسيس النظر» للإمام الدبوسى وفى قواعد الكرخى.

وكانت أول محـاولة فى تدوين القواعد الفقهـية ما قام به أبو طاهر الدباس إمـام الحنفية وهو ممن عاش فى القرنين الثالث والرابع للهجرة حيث جمع أهم قواعد مذهب أبى حنيفة فى سبع عـشرة قاعدة كليـة، وكان أبو طاهر ضريرًا يكررها كل ليـلة بمسجده بعـد خروج الناس منه.

وقد ذكر ابن نجيم: أن أبا سعيد الهروى الشافعى قد رحل إلى أبى طاهر ونقل عنه بعض هذه القواعـد وروى ذلك أيضًا جـلال الدين السيوطى الـشافعى فى كـتابه: الأشبـاه والنظائر وغيرهما، وكان من جملة ما رواه القواعد الخمس التى تعتبر أمهات القواعد، ومبانى الأحكام الشرعية من نصية واجتهادية[4].

فكانت هذه القواعد هى الأصل الذى قام بناء هذا الفن المسمى بفن القـواعد الفقهية بعد أن نما وترعرع وصار فنا بالمعنى الدقيق، وقد كان من قـبل من قبيل الأفكار التوجيهية لرجال المذهب فى تعليل المـسائل ثم تطورت فيما بعـد بالصقل والتحوير والصنعـة على أيدى كبار فقـهاء الـمذاهب فى مـجال التـعليل والاستـدلال، فقـد كانت تعليـلات الأحكام الفـقهـية الاجتهـادية، ومسالك الاستدلال القـياسى عليها أعظم مـصدر لتقعيـد هذه القواعد، وإحكام صيغها بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى وانصراف كبار أتباعها إلى تحرير وترتيب أصولها

(١) أصول الكرخى ص١١٢.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١.
(٣) أصول الكرخى ص١١٨.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥.

وأدلتها على النحو الذى أشرنا إليه آنفًا فى قاعدة: الإقرار حجة قاصرة وقد كانت فى قواعد الإمام الكرخى: «الأصل: أن المرء يعامل فى حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا بإلزام الغير حقا» وهكذا كثير من القواعد المأثورة إذا قورنت نصوصها الأخيرة بأصولها القديمة[١].

١٧- أهمية الأشباه والنظائر:

كانت الحاجة ماسة إلى وضع قواعد وبحوث يتوصل بها إلى فهم النصوص العربية على مقتضى أساليب اللغة العربية ومسالكها فى الدلالة، كما مست الحاجة إلى وضع قواعد نحوية يتوصل بها إلى الاحتراز عن الأخطاء فى التعبير والكتابة، فإن من جاءوا بعد الصدر الأول من المسلمين لم تسلم له تلك الأدلة اللسانية التى سلمت لسلفهم لأنهم إما عرب اختلطوا بمن دخل الإسلام من غير العرب فتأثرت بهذه الخلطة عروبتهم وملكاتهم، وإما غير عرب لا يعرفون الأساليب العربية إلا بوسائل لم يتمرسوا عليها، علاوة على فقدانهم أدوات فهم النصوص الأصلية، فإننا نجدهم مع ذلك لم يتوفر لهم ما توفر لسلفهم لبعد عهدهم عن فجر التشريع والاختلاف فى وقائع كثيرة من أسباب النزول، وطروء عدة عوامل شعبت وجهات النظر فى مقاصد الشارع ومبادئه.

لهذا كله مست الحاجة إلى وضع قواعد وبحوث تضبط مقاصد الشرع ومبادئه، ويتوصل بها إلى فهم النصوص حق فهمها، والاستنباط مما لا نص فيه فكانت الحاجة ملحة لوضع القواعد التى تساعد على استنباط الأحكام استنباطًا صحيحًا سليمًا، وبدأ ذلك فى عهد تابعى التابعين وأول عهد الأئمة المجتهدين، ففى عصر هؤلاء بدأت تكثر الوقائع التى تحتاج إلى إبداء الرأى فيها وكثر تبعًا لذلك عدد الأئمة المجتهدين، وسلك كل مجتهد فى استنباطه المسلك الذى استقر فى نفسه أنه الحق وكان ما ذكر متناولاً المسائل الفقهية استدلالاً على ما ثبت لهذه المسائل من الأحكام الشرعية إلى أن تم استخراج بعض الضوابط والكليات فى شكل علمى مستقل وساعد على ذلك ازدهار العلوم والمعارف وزاد من ذلك حماس علماء اللغة العربية لوضع قواعد لحماية اللغة العربية مما دخل عليها من مفردات وأساليب غريبة فوضعوا قواعد اللغة العربية وألفوا فيها الكتب حتى لا يؤثر فيها سيل العجمة الجارف، ولذلك قاموا بحراسة كتاب الله وسنة رسوله من العجمة الجارفة الناشئة من كثرة اختلاط الأعاجم بالعرب قرب انتهاء القرن الثانى الهجرى.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا، الطبعة الثانية دار القلم، دمشق ص٣٩.

وكان الأمر بالنسبة للمجتهدين من لا يقل عن عـمل علماء اللغة والأصوليين فقاموا بعمل أجل نفعًا وأكبر فائدة، فوضعوا قواعد اتخذت أساسًا فى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة، مستـعينين فى وضعـها بما قرره أئمـة اللغة العربية من قـواعد ثبت عندهم استقـراء الأساليب العربية، كما استعـانوا على استنباط قواعدهم باستعمالات الألفاظ الشرعـية وبمقاصد الشريعة فى تشريعاتها ودونوا تلك القواعد وجعلوها علمًا مستقلا.

وقد لعبت القواعـد الفقهية دورًا هامًا فى تنظيم الفروع الفـقهية بصفة عامـة، وفى التفقه واكتساب الملكة العلمـية الفقهية بصفة خـاصة بما تقوم به من تصوير بارع للمبادئ الفـقهية، وكشف آفاقها الواسعـة، وحصر مسالكها المتشعبة، وضبطـها لفروع الأحكام العلمية بضوابط وقوانين فى شكل مجموعـات على أساس اشتراك كل مجموعة فى العلل، أو يجـمعها وحدة المناط سواء اختلفت موضوعاتها وأبوابها أو اتحدت(١).

وفى أهمية دراسة علم الأشباه والنظائر يقول الإمام القـرافى: هذه القواعد مهمة فى الفقه عظيمـة النفع، وبقدر الإحاطة بـها يعظم قدر الفـقيه ويشـرف، ويظهر رونق الفقـه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف... إلى أن قال:

ومن جعل يخرج الفـروع بالمناسبات الجزئية اضطربت، وضـاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التى لا تتناهى وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها.

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها فى الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره(٢).

وبذلك تتحـقق له القدرة على التـفريع، لأنه اهتدى إلى وجـه الارتباط بين الفـروع وما تفرعت عنه، وبها يرتقى الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو فى الفتوى.

وقد عرَّف الإمام السيوطى الأشباه والنظائر بما يزيد هذا المعنى وضوحًا ورسوخًا فقال:

«اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظـيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركـه، ومآخذه، وأسراره، ويتـمهر فى فهـمه واستحـضاره، ويقتدر على الإلحـاق والتخريج، ومعـرفة أحكام المسائل التى ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التى لا تنقضى على ممر الزمان(٣).

والأشبـاه هى: كل فرع فقـهى بينه وبين الآخر وجـه شبه، فـيتآخـيان فى وجه الشـبه، ويرتبطان بالأم وهى القـاعدة الكليـة وكذلك النظائر لأن شـبيـه الشىء نظيره، ونظيـر الشىء شبيهه، وبهذا يتم جمع الحوادث المتشابهة المعبر عنها بالفروع، ووضعها تحت القاعدة الكلية ومتى علمنا الأشباه والنظائر أمكننا الانتقال منها إلى القاعدة الكلية.

---

(١) إيضاح المسالك إلى مذهب الإمام مالك ص١٢٢.

(٢) الفروق ١/ ٣.

(٣) الأشباه والنظائر ص٦.

وعلى هذا فلا يمكننا الوصول إلى القاعدة الكلية ومعرفتها إلا بعد معرفة الفروع المندرجة تحتها.

وهذه طريقة الحنفـية وهى أمثل من طريقة الشـافعية، لأنهـا تنقل الدارس من الجزء إلى الكل، ومن المحسوس إلى المعقول، وهذا هو التدرج المعقول.

فالحنفية فرعوا ثم قعدوا، وأما الشافعية، فإنهم قعدوا اثم فرعوا.

وعظمـة علم الأشبـاه والنظائر ترجع إلـى الأثر المتـرتب على دراسـته، فـإن من يدرس القواعد يستطيبع أن يخرج عليها ما قد يحدث من المسائل، ولا يقف عند حادثة إلا ويجد لها حكمًا شرعيًا عن طريق الإلحاق والتخريج.

أما الإلحاق، فهو قياس مسألة جدت على فرع متشابه لها مندرج تحت قاعدة لتأخذ حكم ذلك الفرع، وأما التخريج، فهو الإتيان بالمسـألة التى جدت ولم يكن لها شبيه فنخرجها على القاعـدة، فمثلاً، لـو قيل: هل الوضوء يحـتاج إلى نية؟ نقول: الـوضوء عبادة، وكل عـبادة تحتـاج إلى نية فالوضـوء يحتاج إلى نـية، وكذلك لو سـئلنا عن استحـقاق الإخوة الأشـقاء الميـراث مع الإخوة لأم، نقول: اسـتحقـاق الإخوة الأشـقاء اجتـهاد، والاجتـهاد لا ينقض بالاجتهاد فينتج استحقاق الإخوة الأشقاء لا ينقض بالاجتهاد.

ولذلك قضى عمر بن الخطاب باشتراك الإخـوة الأشقاء مع الإخوة لأم فى الثلث وقسمه بينهم بالتساوى لا فرق بين ذكر وأنثى كأنهم جـميعًا إخوة لأم، ووافقه على ذلك زيد بن ثابت وجمع من الصـحابة وإليه ذهب مـالك والشافعى وقد أخـذ بذلك القانون المصـرى فى مادته العاشرة(١).

وهناك تخريج آخر وهو تخريج الأصـحاب على أقوال المذهب الشافعى، وحقـيقته، أن يثبت الإمام حكـمين مختلفين لمـسألتين متـشابهتين ولم يظهـر ما يصلح للفرق بينهمـا فيأتى الأصحاب فينقلون حكم المسألة الثانية للأولى، وينقلون حكم الأولى للثانية، فيحصل فى كل مسألة حكمان أحدهما للإمام بالنص والآخر للأصحاب بالتخريج على نص الإمام(٢).

فيمكن بواسـطة الإلحاق من التخريج معـرفة أحكام المسائل التى ليـست بمسطورة وهى المسائل التى تتجدد دائمًا، فإن معرفـتنا بأحكام هذه المسائل يتوقف على معرفتنا بهذا العلم، إذ بواسطة معرفتنـا بالتخريج على القواعد يمكن إثبات أحكام أفـعال المكلفين وهى لا تتناهى ولا تقف عند حد.

---

(١) الأحكام الأساسية للميراث للدكتـور زكريا البرى ص١١٣، وأحكام القرآن للجصاص ٢/ ١١١، وبداية المجتهد ٢/ ٢٩٨.

(٢) نهاية المحتاج للرملى ١/ ٥.

ومن ثم فقد نقل السيوطى عن بعض أصحاب الشافـعى قولهم: الفقه معرفة النظائر، كما قال رسول الله ﷺ: «الحج عرفة»(١).

وذلك مبالغـة فى أهمية معرفـة قواعد الفقه، فـمن عرف الأشباه والنظائر المسـتجدة فى فروع الفقـه، فهو خليق بأن يوصف بأنه فقيه فـلا يكون فقيهًا إلا بمـعرفة النظائر، لأنه بذلك أدرك وجـه الارتباط بين الفـروع وما تفـرعت عنه، أمـا من درس الفقـه فروعًـا ومسـائل فى المذاهب الفقهـية دون الربط بينها بواسطة القواعد والضوابط التى تجمعـها ومن غير أن تكون لديه ملكة فقهيـة، ويقتصر على ذلك فقد لا يقدر على إثبـات حكم لحادثة ليس لها نص فى كتب الأئمة(٢).

وإلى تلك الأهمية أشار الخليفة عـمر بن الخطاب فى الرسالة التى أرسلها إلى أبى موسى الأشعرى وهى رسالة مطولة حيث قال له: «اعرف الأشـباه والأمثال وقس الأمور عندك فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى»(٣).

فهذه المقـولة تضمنت أسس القضاء وفيها إشارة إلى أن مـن النظائر ما يخالف نظيره فى الحكم لمدرك خاص، وليس كل النظائر المتحدة الصورة والعلة تأخذ حكمًا واحدًا لأن بعض النظائر تخالف النظائر الأخـرى فلا يغرنك اتحاد الصورة والشـكل، قال لأبى موسى ذلك ثم أوصاه بأن يعـرف الأشباه والنظائر كى توجـد عنده ملكة وحصيلة فقـهية يمكنه بهـا أن يعمل القياس متى عرفها، فالقياس يترتب على مـعرفة الأشباه والنظائر فالأشبهية فى الحق سبب فى كون الأمر أحب إلى الله، وليس عليه أن يصل إلى عين الحق واليقين.

وقوله فيما ترى: أى فيما تظن، وفيها إشارة إلى أمرين:

الأول: أن المجـتهد لا يكلف أن يصل إلى نفس الحق، وإنمـا يكلف أن يحكم بما يظنه صوابًا.

الثـــانى: أن المجتـهد لا يقلد غيره لأنه عدول عن الراجح عـنده إلى الأقل رجحانًا فى نظره، لأن ما وصــل إليه هو الحق فى رأيه، ولأن تقليـده لغيـره باطل عنده، فلو حكم برأى

---

(١) حديث «الحج عرفة» رواه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم وقال: صحيح الإسناد والدارقطنى والبيهقى من حديث عـبد الرحمن بن يعمر، انظر: تلخيص الحبير فى تخـريج أحاديث الرافعى الكبير ٢/ ٢٥٥.

(٢) الأشباه والنظائر ص٦، وإعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ١/ ٣٣٣.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧، وأعلام الموقعين ١/ ٨٥، ٨٦.

غيـره، وترك رأى نفسـه كان حكمـه بغيـر الحق، والحكم بغيـر الحق حكم بالباطل فـيكون باطلاً[(١)].

ومن ثم فإن معرفة الأشـباه والنظائر مهمة للفقيه والمفتى والمـجتهد والقاضى وذلك لأن هؤلاء يفتـون ويقضون ويبـينون الأحكام للناس فكان الواجب لتمام عـملهم وصحة قـضائهم وفتواهم هو حفظ القـواعد الفقهية إلى جانب الكتـاب والسنة والإجماع ومعرفة كيفـية القياس للمسكوت عنه على المنصـوص عليه، أما عوام الناس فالواجب عليهم هو سـؤال أهل الفتوى فى دين الله من الفقهاء لقوله تعالى: ﴿ **فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لا تَعْلَمُونَ** ﴾ (الأنبياء: ٧).

* * *

(١) النظام القضائى فى الإسلام للمؤلف ١/ ١٤٨.

القواعد الكلية الكبرى

القواعد الكلية الكبرى هي الخمس المشهورة، وهي تحظى باهتمام الباحثين، لأنها أمهات القواعد، وفروعها تنتشر في أبواب الفقه، وهي أشبه ما تكون بالنظريات العامة في العصر الحديث.



القاعدة الأولى: «الأمور بمقاصدها»[(١)]

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى، ما هو المقصود من ذلك الأمر، أى أن أفعال المكلف وتصرفاته قولية أو فعلية تختلف باختلاف مقصود الشخص من وراء هذه الأفعال والتصرفات فإن قصد الشخص بفعلها أو تركها طاعة الله وطاعة رسوله ﷺ أثبت عليها، وإن قصد معصية الله تعالى ورسوله ﷺ عوقب عليها.

فالأمور جمع أمر، والأمر: معناه الفعل، وهو عمل الجوارح، فيشمل جميع الأفعال قولية أو فعلية، لأن القول ينشأ عن جارحة اللسان، كما يشمل الواجب والمندوب، والمحرم والمكروه والمباح.

فتكون القاعدة على تقدير: أحكام الأمور بمقاصدها، وأنها تختلف باختلاف مقصود الشخص من وراء هذه الأعمال والتصرفات، ولزيادة فى الإيضاح نقول:

إن الإنسان إذا ترك المحرمات المنهى عنها امتثالاً للنهى الوارد فى الشرع أثيب على هذا الترك، وأما إذا كان الترك لمعنى يتعلق بطبيعة الشخص، كاستقذاره لهذا الشىء بدون نظر إلى طلب الترك الناهى عن فعله، كان ذلك أمرًا عاديًا لا ثواب له عليه.

ومثال ذلك أن الله تعالى: قد حرم أكل الميتة فى غير حال الضرورة بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ (المائدة: ٣) فإذا ترك المكلف الأكل لأمر خارج عن النهى الوارد عن الشرع بتركها بأن كانت نفسه تعافها أو لاستقذارها فلا ثواب له، وأما إذا كان الترك امتثالاً لأمر الله تعالى أثيب على هذا الترك.

وعليه فالكلام على تقدير أحكام الأمور بمقاصدها، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها.

دليل القاعدة: الأصل فى هذه القاعدة قوله ﷺ فى الحديث الذى رواه البخارى وغيره عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «إنما الأعمال بالنيات»[(٢)].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩ طبعة عيسى البابلى الحلبى.

(٢) صحيح البخارى ١/ ٦ كتاب بدء الوحى باب كيف بدأ الوحى إلى رسول الله ﷺ، سنن النسائى ٢/ ١٠١.

فهذا الحديث يدل على أن تصرفات المكلفين لا يعتد بها شرعًا إلا بالنية فإذا صحت النية كان العمل صحيحًا، وإذا فسدت كان العمل فاسدًا، وهذا عند الشافعية ومن وافقهم، وأما الحنفية فيقولون: إن كمال الأعمال بالنيات.

وإذًا فلا بد في الحديث من إضمار ما يسميه علماء اللغة بدلالة الاقتضاء، كما في قوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ (يوسف: ٨٢) أى أهل القرية، ودلالة الاقتضاء: هى إضمار ما يصح به الكلام.

ولما كانت أحكام الأمور بحسب نية الشخص وقصده، فلا بد أن نلقى بعض الضوء على حقيقة النية حيث إن النية لها مدخل أصيل فى تحديد الأعمال الصحيحة وغيرها، وتميز ما هو من قبيل العبادات، وما هو من قبيل العادات.

معنى النية: النية فى اللغة العربية هى: العزم على الشىء، يقال: نويت نية أى عزمت[1]، والعزم قصد الشىء مقترنًا بفعله.

والنية بمعناها الاصطلاحى فى لسان الفقهاء: قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى بإيجاد الفعل أو الامتناع عنه.

وتدخل النية فى جُلِّ أبواب الفقه إن لم يكن فيه كله، وعلى هذا، فإن هذه القاعدة على وجازة ألفاظها وقلة كلماتها، ذات معنى عام متسع يشمل كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، وهى أعم من كون الأعمال دنيوية أو أخروية، يرجى ثوابها أو لا يرجى، فلفظ «الأمور» عام بدليل دخول (أل) الجنسية عليه فهو من ألفاظ العموم الموضوعة لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراق.

ولفظ «مقاصدها» كذلك عام لإضافته إلى ضمير لفظ عام.

المقصود من النية: يقصد من النية فى العبادات أمران: **الأمر الأول:** تمييز العبادات عن العادات، فمثلاً:

الإمساك عن المفطرات، قد يكون حمية أو تداويًا أو لعدم الحاجة إليه وقد يكون ابتغاء الثواب، والجلوس فى المسجد قد يكون للاستراحة أو الاعتكاف، والغسل أو الوضوء قد يكون للتنظيف أو التبرد أو العبادة، ودفع المال قد يكون هبة أو لغرض دنيوى، وقد يكون قربة، والذبح قد يكون للأكل فيكون مباحًا أو مندوبًا أو للأضحية فيكون عبادة أو يكون الذبح تقربًا إلى ولى فيكون حرامًا أو كفرًا، والنية هى التى تميز هذا عن ذاك.

(١) لسان العرب، مادة قوى.

والأمـر الثـانى: تمييز رتب العـبادات بعضها عن بعض، فالتـقرب إلى الله تعالى يكون بالفرض والنفل والواجب فشرعت النية لتمييزها[١]، فالوضوء، والغسل، والصلاة، والصوم، قد يكون فرضًا أو نذرًا أو نفلاً، وصورة الأداء والفعل لهذه الأمـور واحدة فشرعت النية لتمييز رتب هذه العبادات بعضها عن بعض.

فمن أراد صلاة فيجب أن يعين ما يريد أداءه، إن كـان فرضًا أو نفلاً أداء أو قضاء، ظهرًا أو عصرًا.

فإذا كـان وقت العبادة محددًا على قـدر الفعل لا يزيد عنها ولا ينـقص وهذا ما يسمـيه الأصوليون بالواجب المضيق كصوم رمضـان فإن الإيجاب المتعلق به يسمى بالواجب المضيق لأن وقت العبادة لا يسع غيرها من جنسها.

فإن كانت العبادة كذلك ففى تعيين النية خلاف.

فالحنفـية يقولون: إن تـعيين النيـة ليس بشرط، بل يجوز بمطلـق النية لأن التعـيين فى المتعين لغو[٢].

وقال الحنابلة: فى التعيين خلاف.

وقال الشافعية: يشترط التعيين لتمييز رمضان من القضاء والنذر والكفارة والفدية حتى ولو كان ما صامه فى رمضان لا يفع عن غيره[٣].

ويتضح مما ذكرناه أن النية قصد مشترك بين العبادة وغيرها، أى أن القصد موجود فى كل منهما، ويكفى قصد العبادة فقط إذ العبادة لا تشتبه بغيرها، فتتميز بالنية عن العادة.

أما إذا كانت تـشتبه بغيـرها من العبادات فيـزاد شرط تعيينـها كالصلاة، إذ الواجب فـيها متعدد، وكذا يزاد شرط الـفرضية للاحتراز عن النفلية، ومتى تعين المقـصود لم يشترط شرط آخر، فصوم رمضـان إن كان فى الوقت يكفى فيه صوم الغد، لأنه متعـين فى ذاته فلا يحتاج لتعيينه.

أما إذا كان خارج الوقت فيشترط نية القضاء عن رمضان لأن الزمن لا يعينه.

ومما لا يشـترط التعيين فـيه الطهارات، والحج، والعمـرة، والزكاة، والكفارات لأنه لو عين غيرها انصرف إليها.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٢٩.
(٢) المرجع السابق ص٣٠ بتصرف.
(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكى ١/ ٥٤.

العبادات التى لا يشترط فيها النية:

(أ) إذا كانت العبادة لا تلتبس بغيرها فإنها لا تحتاج إلى نية لأنها عبادة خالصة، ومن ثم فلا تشترط فيها النية وذلك مثل الإيمان بالله تعالى، ومعرفته، والخوف منه، والرجاء فيه، وقراءة القرآن، والأذكار، لأنها متميزة بصورتها، إلا إذا كانت القراءة منذورة فتشترط النية لتمييز الواجب عن غيره.

(ب) النواهى لا تحتاج إلى النية وذلك لأن الإنسان يخرج من عهدتها وإن لم يشعر بها، فضلاً عن القصد إلى ذلك الترك.

(جـ) المباحات لا تحتاج إلى نية لأنها ليست مفتقرة إلى نية، إلا أنه يمكن أن تصبح عبادة إذا نوى بها الطاعة كالأكل والشرب والنوم والاكتساب والنكاح إذا قصد به الثواب بأن يأكل ليتقوى على تحصيل الرزق وأداء العبادات والنوم بالنهار ليستعين على قيام الليل والذى يعمل لجلب الرزق الحلال لرعيته واستغنائهم عما فى أيدى الناس، والنكاح بقصد الإعفاف أو تحصيل الولد الصالح وتكثير الأمة، فإن قصد ذلك كان المباح عبادة يثاب فاعلها، وكذلك إذا ترك الزنا والخمر بقصد امتثال نهى الشارع.

وهكذا فإن كل فعل يصح أن يكون عبادة، ولكن لا بد فيه من القصد أى النية ليكون عبادة يترتب عليها الثواب، وإلى هذا يشير حديث «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» وهو حديث متفق عليه، فيكون استحضار النية عند المباحات والمنهيات والعادات شرط ليثاب عليها ثواب العبادات[1].

حكم النية إذا انفردت عن الفعل والفعل إذا انفرد عن النية:

أولاً: انفراد النية عن الفعل:

إذا انفردت النية بحيث لا تقترن بفعل ظاهر، لا تترتب عليها أحكام شرعية، فإنه لا بد أن تقترن النية بفعل ظاهر حتى تترتب عليها أحكام شرعية فمثلاً: لو طلق رجل زوجته فى قلبه أو باع رجل داره، أو مزرعته ولم ينطق بلسانه فإنه لا يترتب على ذلك الفعل الباطنى حكم، لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر، وكذلك لو نوى أن يقف وقفًا أو يغصب شيئًا ولم يصدر منه فعل فلا يترتب على نيته حكم، لأن النية وحدها بدون اقترانها بفعل ظاهر لا يترتب عليها حكم شرعى.

ثانيًا: إذا انفردت الأفعال عن النية:

إذا انفردت الأفعال عن النية فهنا يفرق بين أمرين: الأول: إذا كانت الألفاظ صريحة فإنها

(١) نهاية الأحكام للحسينى ص١٢.

لا يحتاج إلى نية، بل يكفى حصول الفعل لترتب الحكم عليها لأن الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية، لاشتمالها عليها.

ومثال ذلك أن يقول شخص لآخر: بعتك هذه الدار أو أوصيت لك بهذه المزرعة أو يكون قد أقر بشيء أو وكل أو أودع أو قذف أو سرق شيئًا، فكل هذه الأمور لا تتوقف على النية بل يكون فعلها كاف لترتب الحكم عليها.

الأمر الثانى: ما إذا كانت الألفاظ غير صريحة، فيختلف حكم اللفظ الواحد باختلاف مقصد الفاعل، فالبيع أو الشراء إذا استعمل بصيغة المضارع كقول البائع أو المشترى أبيع وأشترى فإذا قصد به الحال ينعقد به البيع، وإذا قصد به الاستقبال لا ينعقد، وعلى هذا يختلف الحكم باختلاف قصد الفاعل، إذ غير الصريح لا يعطى حكمه إلا بالقصد، فلا ينفصل الفعل عن النية فيه.

ويستثنى من ذلك الأفعال التى لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية وهى تكاد تنحصر فيما يلى:

١- إذا أخذ شخص مال شخص آخر على سبيل المزاح بدون إذنه فإنه بمجرد وقوع الأخذ يكون الآخذ غاصبًا، ولا ينظر إلى نية الآخذ من كونه لا يقصد الغصب، بل يقصد المزاح.

٢- إذا أقدم شخص على عمل غير مأذون فيه فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله، ولو حصلت عن غير إرادة منه، ومن ذلك أن يأخذ نقودًا من شخص سكران ليحفظها له فضاعت فإنه يكون ضامنًا لما أخذه من غير إذن صاحبه أو نائبه[1].

٣- إذا ضبط شخص فى منزل غيره من غير إذنه، وبدون عذر واضح مقبول، وهو يحمل متاعًا منه، أو مالاً، اعتبر سارقًا، ولو ادعى أنه كان لا يقصد السرقة، أو أنه أراد حماية المال فى مكان أمين، لأنه علم أو ظن أن المال سيتلف لأن حريقًا سيشب فى المنزل بعد قليل.

٤- الألفاظ التى يترتب على أدائها صريحة عقوبة ما، مثل: السب، والقذف، فإن الشخص إذا صدرت منه مثل هذه الألفاظ عوقب عليها، ولا نظر إلى ما يدعيه بأنه لم يقصد الإيذاء.

فهذه أمور لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية، لأن بناء الأحكام يكون على حقائق الأمور، حتى تكون الأحكام والقواعد ثابتة ومستقرة ومنضبطة تمامًا، ومعروفة للجميع.

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ص١٧، ١٨.

شروط النية:

لما كانت النيـة عبادة، كان لها شروط لا تصح إلا بهـا ولا يعتد بها شرعًا إذا فـقد شرط منها، وهى أربعة:

الإسلام، والتمييز، والعلم بالمنوى، وعدم المنافى بين النية والمنوى.

وإليك تفصيل القول فى كل هذه الشروط:

الشـرط الأول: الإسلام: فيشترط فى الناوى أن يكون مسلمًا لأن النية عبادة، ونية العبادة لا تصح من الكافر لأنه فقد شرط صحة قبول العبادة وهو الإسلام والإيمان بالله تعالى.

- ويسـتثنى من ذلك: المـرأة الكتابـية إذا كـانت زوجة لمـسلم وطهرت من الحـيض أو النفاس، فهل يشتـرط غسلها ليحل وطؤها؟ وإذا قلنا بوجوب ذلك فهل تشتـرط نيتها فى هذه الحالة؟ خلاف بين الأئمة:

فالإمام الشافعى وأحـمد رحمهما الله يرون وجوب الغسل عليهـا، ويشترطون النية لذلك الغسل وإن كانت ليست من أهلها ليحل وطؤها، فالغسل لحق الزوج فيجب عليها.

وأما الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى فيرى حل وطء الكتابية بمجرد انقطاع الدم لأقل من عشرة أيام، ولا يتـوقف حل المعاشرة الزوجية على الغـسل، لأنها ليست من أهله، وإن صح منها فعله لو رأت ذلك وفعلته.

- وكذلك يمـين الكافر هل تنعقـد؟ وبالتالى هل تجب عليه الكفـارة بالحنث؟ وهل عليه كفارة لو قتل مسلمًا خطأ؟ خلاف بين الأئمة:

فالإمام أبو حنيفة، والإمـام مالك رحمها الله تعالى يقولان: لا تنعقـد يمين الكافر سواء حنث حال كفره أو بعد إسـلامه، ولا تصح منه الكفارة لقوله تعالى: ﴿**إِنَّهُمْ لا أَيْمَـانَ لَهُمْ**﴾ (التوبة: ١٢) وكذلك لا تصح منه الكفارة لو قتل مسلمًا خطأ، لأن الكفارة عبادة وهو ليس من أهلها[١].

وأما الشافعى وأحـمد رحمهما الله تعـالى فعندهما أن يمين الكافر تنعقـد وتلزمه الكفارة بالحنث فيـها سواء حنث حال كـفره أو بعد إسلامـه، وكذلك تجب عليه كفـارة القتل الخطأ عقوبة له، ويشترط منه نيتها للتمييز لا للقربة[٢].

الشـرط الثـانى: التمييز: ومعناه: القوة التى فى الدمـاغ وبها تستنبط المعانى، فلا تصح عبـادة صبـى غيـر مميـز ولا مجـنون، لأن العـقل مناط التكليف لقـوله ﷺ: «رفع القلم

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٣٦، والإفصاح لابن هبيرة ص٢٢٤.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥.

عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يبلغ وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»[١].

وإذا بلغ الصبى سن التمييز صحت العبادة منه، والطفل المميز هو الطفل الذى أصبح له بصر عقلى يستطيع به الفصل بين الحسن والقبيح من الأمور، ويعرف الفرق بين الخير والشر، والنفع والضر، وحد البلوغ لسن التمييز عادة سبع سنين، وقد يتقدم أو يتأخر بحسب ظروف الطفل الشخصية أو بحسب تأثير البيئة والظروف الاجتماعية وغيرها من العوامل الخارجية المؤثرة فى نمو القوة العقلية بالسلب أو الإيجاب.

ويتفرع على ذلك الشرط: ما إذا جنى الصبى والمجنون والسكران فهل يؤاخذ بجنايته إذا اعتدى على غيره بالقتل مثلاً؟ فعند الحنفية: إن عمد الصبى والمجنون خطأ سواء كان الصبى مميزًا أو غير مميز، وينتقض وضوء السكران وتبطل صلاته بالسكر[٢]، ولا تجب الكفارة على الصبى والمجنون إذا قتلا، والسكران كالصاحى فى الجنايات.

وأما عند الشافعية: فالطفل غير المميز عمده خطأ، وكذلك المجنون غير المميز، وأما من كان عنده نوع تمييز منهما فقد اختلفوا فيه، والأصح أن عمدهما عمد، وأما السكران فيحكمون عليه ببطلان وضوئه وصلاته إذا انتشى وفقد التمييز أو كاد.

وعند مالك والشافعى تجب الكفارة على الصبى والمجنون إذا قتلا[٣].

وعند الحنابلة: الراجح أن عمد الصبى والمجنون عمد وتضاعف عليهما الدية من مالهما[٤]، وينتقض وضوء السكران. وإن كان مميزًا ويجعل كالصاحى فى أقواله وأفعاله فى المشهور من المذهب[٥].

الشرط الثالث: العلم بالمنوى: بأن يعلم حكم ما نواه فرضًا كان أو نفلاً، عبادة أو غيرها، فمن جهل فرضية الصلاة أو الوضوء لم يصح منه فعلهما، لكن الذى لا يميز الفرائض من السنن تصح عبادته بشرط أن لا يقصد التنفل بما هو مفروض.

- ويستثنى من ذلك الإحرام بالمبهم فى الحج فيصح الإحرام به لأن عليًا رضي الله عنه أحرم بما أحرم به النبى ﷺ وهو لا يعلمه وصححه له رسول الله ﷺ، فجاز أن ينوى إحرامًا

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين وحسنه الترمذى، يراجع: فقه السنة ١/ ٧٤.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٣٦.

(٣) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ٢٢٤.

(٤) القواعد لابن رجب ٣٣٧.

(٥) الإفصاح ٢/ ٢٢٤.

كإحـرام غيره وهو لا يعلمـه، وجاز أن يبهم إحـرامه ثم يصرفـه إلى أحد النسكين أو إليهـما معا[١].

وأما فى غير الحج فلا يصح إلا بالعلم بالمنوى فى عبادة أو غيرها والفرق بين النسك فى الحج وغيره أن من دخل النسك لا يخرج من نسكه بأقوى الـمفسدات وهو الجماع[٢]، فلـو قال لزوجته: طلقتك مثل ما طلق زيد، وهو لا يدرى كم طلق زيد، أو قال: بعتك مثل ما باع زيد، وهو لا يعلم قدر المبيع، لا يصح فى الصورتين لعدم العلم[٣].

الشرط الرابع: أن لا يأتى بمنـاف بين النية والمنوى: والمراد بالمنافى العـمل الخارج عن المنوى وليس من النية مثل من ارتد بعد نية العبادة، فمن ارتد بعد نية العبادة بطلت عبادته.

ومن المنافى قلب النيـة، فمن نقل فرضًا إلى فـرض لم يحصل واحد منهـما، ومن نقل نفلاً إلى فـرض لم يحصل واحـد منهما، بخـلاف ما لو نقل فرضًـا إلى نفل، ومن المنافى، التردد وعدم الجزم فى أصل النية، ومن المنافى عدم القـدرة على المنوى إما عقلاً وإما شرعًا وإما عادة:

فمن الأول: نوى بوضوئه أن يصلى صلاة، وأن لا يصلها، لم تصح نيته لتناقضه.

ومن الثانى: نوى بوضوئه صلاة العـيد وهو فى أول السنة أو الطواف هو فى الشام أو فى القاهرة ففى صحته خلاف[٤].

والراجح أن وضوءه صحيح، لأن النية المستحيلة، ليست من نواقض الوضوء.

- ويستثنى من ذلك بعض مسائل:

١- من كان عليه صوم واجب لا يدرى هل هو من رمضان أو نذر أو كفارة، فنوى صومًا واجبًا أجزأه، كمن نسى صلاة من الخمس فصلى الخمس صحت صلاته مع التردد.

٢- من شك فى قصر إمامه فقال: إن قصر قصرت وإلا أتممت فبان قاصرًا.

٣- إن قال مـريد الإحرام: إن كان زيد مـحرمًا فـقد أحرمـت، فبان زيد مـحرما انعـقد إحرامه.

شرط قبول العبادة وترتب الثواب عليها:

لما كان المقصود من العبادة وجه الله وطلب مـرضاته ورضوانه، وكان المقصود من النية

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام ١/ ٢١٥.

(٢) المرجع السابق نفسه ١/ ٢١٥.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٣٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٠.

(٤) الأشباه للسيوطى ص٣٨، والأشباه لابن نجيم ص٥٠، ٥١.

تمييـز العبادة عن العادة. كان لا بد من شرط مـهم لقبول العبادة وترتب الثـواب عليها، وهذا الشرط هو: الإخلاص، والمراد بالإخلاص إرادة وجه الله من العبادة لقوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلاَّ لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ﴾ (البينة: ٥).

ومن ثم لا يجوز التشريك فى النية، فذلك يبطلها ويبطل العمل المترتب عليها.

ولهذا فلا تقـبل النيابة، ولا التوكيل فى النية، لأن المـقصود اختبار سـر العبادة، إلا أنه أجيز التوكيل فى النية إذا اقترنت بفعل كـتفرقة زكاة أو ذبح أضحية أو صوم عن الميت أو حج عنه.

وقت إيقاع النية:

الأصل أن وقت إيقاع النية يكون أول الـعبادة ويجوز تقديم النيـة على الطهارة أو الصلاة بزمن يسير وهذا عند الحنفية والحنابلة والآمدى من الشافعية وهو الصحيح عند المالكية، لأن النية المتقدمة باقية إلى وقت الشروع حكمًا كما فى الصوم إذا لم يبدلها بغيرها[(١)].

وأوجب آخرون فى الطهارة وفى الصـلاة مقارنتها لتكبـيرة الإحرام بحيث لا تتقـدم عليها ولا تتأخر عنها.

أما الزكاة فعند الحنفية والمالكية والشافـعية والحنابلة جواز تقديمها على الدفع عند العزل تيسيرًا، أو عندما يوكل رب المال غيره فى دفع الزكاة، وفى قول عند الشافعية والحنفية يجب مقارنتها حال الدفع إلى الإمام أو إلى الأصناف ولا يجوز تقديمها والأول هو الراجح[(٢)].

وأما الصوم فيجب تقديم النية من الـليل فى الصوم الواجب عند الشافعية والحنابلة، فلو نوى مع الفجر لم يصح صومه فى الأصح.

وعند الحنفية يجوز تقديم النية من الليل، ومقارنتـها للفجر وتأخيرها عند الشروع إلى ما قبل نصف النهار تيسيرًا على الصائمين فى صوم رمضان وفى النفل.

وعند المالكية: يجب تقديم النيـة عن الفجر فى كل صوم واجب أو نفل[(٣)] وأمـا الحج فالنية فيه سابقة على أداء الإحرام عند الجميع[(٤)].

---

(١) الأشبـاه لابن نجيم ص٤٢، مـقاصد المكلفـين ص١٥٩، قوانين الأحكام الشـرعية ص٣٥، والأشـباه والنظائر للسيوطى ص٢٤.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٢٤، وابن نجيم ص٤٣، ٤٤، مقاصد المكلفيسن ص١٦٩.

(٣) قوانين الأحكام الشرعية ص١٣٥.

(٤) الأشباه لابن نجيم ص٤٤، والسيوطى ص٢٤.

القواعد المندرجة تحت قاعدة: الأمور بمقاصدها

يندرج تحت هذه القاعدة قواعد كلية ولكنها أقل منها شمولاً، ومن أهم هذه القواعد ما يلى:

١- قاعدة: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟

فى هذه القاعدة خلاف يتجه إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟ فيرى الحنفية والمالكية أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التى يستعملها العاقدان حين العقد، لأن المقصود الحقيقى هو المعنى وليس اللفظ، ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعانى، عملاً بالقاعدة التى تقول: العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى[1].

فالحنفية والمالكية قد غلبوا جانب المعنى قولاً واحدًا، إلا إذا تعذر التوفيق بين اللفظ والمعنى فحينئذ لا يجوز إلغاء الألفاظ.

وأما الشافعية والحنابلة، فالمغلب منهما هل هو اللفظ أو المعنى؟ خلاف فى قاعدة العقود بين المذاهب. والعبرة هنا بمعنى الاعتداد، والعقود: جمع عقد وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، كعقد البيع، والإجارة، والإعارة.

والمعانى: جمع معنى وهو الصورة الذهنية التى دل عليها القول أو الفعل.

وهذا معناه: أن العبرة فى العقود تكون بمعانيها لا بصيغها وألفاظها وأن المغلب هو المعنى دون اللفظ على خلاف بين المذاهب الفقهية.

فصيغة العقد المعبر بها عن العقد قد يأتى فيها لفظان: أحدهما بمفرده يدل على عقد والآخر يدل على عقد غيره، مثل أن يقول شخص لزيد من الناس: وهبتك هذا الثوب بدينار، فهل يعقد بلفظ وهبتك الدال على الهبة، أو يكون الاعتداد بالمعنى الذى يدل عليه السياق الذى يفهم منه معنى البيع فيكون العقد بيعا لوجود العوض؟ أو يحكم بأن هذا العقد لغو، لوجود التعارض بين أجزاء العقد، لأن لفظ (وهبتك) يدل على أن العقد تبرع فى حين أن قوله (بدينار) يدل على أنه معاوضة، فتارة يغلب جانب اللفظ وتارة المعنى على خلاف.

فعند الشافعية الأصح كونه بيعا اعتبارًا بالمعنى، وعند الحنابلة ثلاثة أقوال:

الأول: أنه بيع نظرًا للمعنى.

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص٢٠٧، القواعد لابن رجب القاعدة: ٣٨، مجلة الأحكام العدلية مادة ٣، ص٣٥.

الثـانى: أنه عقد هبة صحيح، لأنه يصح شرط العـوض فى الهبة كما يصح شرط العوض فى العارية.

والثالث: أنه عقد فاسد[١].

وعند الحنفية والمالكية هو عقد بيع تغليبًا للمعنى على اللفظ قولاً واحدًا، لأنه أصبح فى معناه رغم استعـمال العاقد لفظ الهبة فيـأخذ العقد حكم البيع فيرد المـوهب بالعيب، ويسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق الموهوب فى يده وكذا سائر أحكام البيع[٢].

ـ ويستثنى من هذه القاعدة: ما لو باع شخص لآخـر شيئًا مع نفى الثمن كأن قال: بعتك هذا المال بدون ثمن، فهو عند الـحنفية بيع باطل، ولا يعتبر عقـد هبة، لأن الثمن من أركان العقد، وكذلك لو كان العقد إجارة ولم تذكر الأجرة فتبطل الإجارة لأن الأجرة من أركان عقد الإجارة.

وأما عند الـشافعـية والحنابلة، فـإنه ليس عقـد إجارة ولا بيع وفى انعـقاده هبـة قولان: لتعارض اللفظ والمعنى.

٢- قاعدة: هل الأيمان مبنية على الألفاظ أو الأغراض؟

عند الحنفية والشافـعية: تكون الأيمان مبنية على الألفاظ إن أمكن اسـتعمال اللفظ، وإلا فإنها تكون مبنية على الأغراض.

فلو أن شخصًا اغتاظ من إنسان، فحلف أنه لا يشترى له شيئًا بدولار، ثم اشترى له شيئًا بالجنيه المصرى لم يحنث، ولو حلف لا يبيعه بعشرة فباعه بأحد عشر أو بتسعة لم يحنث مع أن غرضه الزيادة، لكن لا حنث بلا لفظ[٣].

وأما عند الحنابلة والمالكيـة: فيرجع فى الأيمان إلى النية، لأن مـبنى اليمين عندهم على نية الحالف إذا احتملت اليمين ما نواه سواء كان موافقًا لظاهر اللفظ أو مخالفًا له[٤].

٣- قاعدة: هل الأيمان مبنية على العرف؟.

يرى الحنفيـة والحنابلة: أن الأيمان مبنيـة على عرف الحالف، فلو حلف لا يسكن بيـتًا فسكن بيتًا من جلود أو شعر أو خيمة، فلا يحنث إن كان من سكان الأمصار، ويحنث إن كان من أهل البادية[٥].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية الكتاب الأول ص٣٥، القواعد لابن رجب ٢/ ٣٣١.

(٢) درر الحكام ص٣٥، ٣٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٣.

(٤) المغنى لابن قدامة ٨/ ٧٦٣، ٧٦٤.

(٥) القواعد لابن رجب ص٣٣.

وقال الشافعى وأحمد: يحنث إذا لم تكن له نية قرويًا كان أو بدويًا[١].

ويرى المالكية: أن الأيمـان مبنية على النية أولاً، فإن لم تكن نية فـعلى الباعث، فإن لم يكن باعث فعلى العرف وإلا فعلى الوضع اللغوى[٢]، فمن حلف أن لا يدخل أو يسكن بيتًا وهو من أهل المدن وسكن بيتًا من بيوت الشَّعْر، فإن لم تكن له نية فهو حانث لأن الله تعالى سماه بيتًا، وهذا يعنى أن اليمين هنا مبنية على الاستعمال القرآنى[٣].

٤- قاعدة: *اليمين على نية الحالف أو على نية المستحلف؟*

يرى الحنفية: أن مقاصد اللفظ على نية اللافظ إلا فى اليمين فقد استثنوها فقالوا: اليمين عند القاضى على نية الحالف إن كان مظلومًا... وعلى نيـة المستحلف إن كان ظالمًا، وهذا فى غير الطلاق، فإن كان فى الطلاق فهو على نية الحالف سواء كان ظالمًا أو مظلومًا[٤].

وعند الشافعية: تكون اليمين على نية القاضى دون الحالف عند التحالف.

وأما المـالكية والـحنابلة فعندهم: اليـمين فى الأحكام كلهـا على نية الـمستـحلف وهو القاضى، فلا يصح فيها التورية، ولا ينفع الاستثناء[٥].

٥- قاعدة: *هل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم اللفظ الخاص؟*

العام فى اللغة: الشامل سواء كان لفظًا أو غيره، ومنه عمهم الله بالمطر أى شملهم.

وفى الاصطلاح: هو اللفظ المستغرق لما يصلح له من غير حصر، كلفظ الرجال.

وأما الخـاص أو التخـصيص فى اللـغة فهـو تفرد بعض الـشىء بما لا يشـاركه فيـه فى الجملة، وهو خلاف العموم، يقال: تخصص فلان فى علم كذا: قصر عليه بحثه وجهده.

والخصوص نقيض الـعموم: ويستعمل بمعنى لا سـيما، تقول: يعجبنى فـلان خصوصًا علمه وأدبه، أى لا سيما.

وأما الخاص أو التخصيص فى الاصطلاح فـهو: قصر العام على بعض أفراده[٦]، مـثل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) فهو عام فى الحوامل وغير الحوامل، ولـكن خصص ذلك بقولـه تعالى: ﴿وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطـلاق: ٤) فإنه يقتضى أن يكون عدة الحامل مطلقًا هـو وضع حملها مطلقة أو متوفى عنها زوجها.

---

(١) الإفصاح ٢/ ٣٢٧.

(٢) أسهل المدارك ٢/ ٢٣.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ٥٢.

(٤) غمز عيون البصائر ص٨١.

(٥) القوانين الفقهية لابن جزى ص٣٣٤.

(٦) أصول الفقه لفضيلة الشيخ محمد أبى النور زهير ٢/ ٢٣٢.

فهل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم اللفظ الخاص؟.

- يرى الحنفية: أن تخصيص العام بالنية مقبول ديانة لا قضاء، وقال الخصاف من الحنفية: مقبول ديانة وقضاء.

وأما تعميم الخاص بالنية:

ففيه خلاف عند الحنفية: فمنهم من نفاه، ومنهم من أثبته[1].

وأما المالكية فقالوا: إن النية تعمم الخاص وتخصص العام[2].

وقال الشافعية: النية فى اليمين تخصص اللفظ العام، ولا تعمم اللفظ الخاص[3].

وقال الحنابلة: النية تعمم الخاص وتخصص العام بغير خلاف، ولكن اختلفوا هل النية تقيد المطلق أو تكون استثناء من النص؟

ومن هذا يظهر أن تخصيص اللفظ العام بالنية متفق عليه بين المذاهب غير أن جمهور الحنفية يعتبرونه ديانة لا قضاء، وأما تعميم الخاص بالنية فأجازه الحنابلة والمالكية، ومنعه الحنفية والشافعية[4].

٦- قاعدة المقاصد والاعتقادات معتبرة فى التصرفات كما هى معتبرة فى القربات والعبادات.

هذه القاعدة أوردها ابن القيم وذكر أن القصد يجعل الشىء حلالاً أو حرامًا، صحيحًا أو فاسدًا، طاعة أو معصية، كما أن القصد فى العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة، أو صحيحة أو فاسدة.

والأدلة لهذه القاعدة كثيرة منها:

- قوله تعالى فى حق الأزواج إذا طلقوا زوجاتهم طلاقًا رجعيا: ﴿ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا** ﴾ (البقرة: ٢٢٨).

- وقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا** ﴾ (البقرة: ٢٣١).

فهذا يفيد بأن الله تعالى قد نص فى القرآن الكريم على أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرار.

وفى شأن الخلع قال تعالى: ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ (البقرة: ٢٢٩) فبين سبحانه وتعالى، أن الخلع المأذون فيه إنما يباح إذا ظنَّا أن لا يقيما حدود الله.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٣.
(٢) قوانين الأحكام ص١٨٢، ١٨٣.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٤٤.

وفى شأن الوصية يقول الله تعالى ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ (النساء: ١٢) فقدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصـد بها الموصى الضرار، فإن قصده، فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها.

ومن أمثلة هذه القاعدة:

١- ذبح الحيوان بنية الأكل يحل، ويحرم إن ذبح لغير الله.

٢- غير المـحرم بحج أو بعمرة إن صاد الصـيد للمحرم، حـرم على المحرم أكله، وإن صاده لغير المحرم جاز للمحرم أن يأكل منه.

٣- عصر العنب بنية أن يكون خمرًا لم يجز، بخلاف ما لو نوى أن يكون خلا[1].

---

(١) إعلام الموقعين ٣/ ٩٦.

القاعدة الثانية: اليقين لا يزول بالشك

معنى القاعدة: أن الأمر الذى ثبت بيقين لا يزول بالشك، وإنما يزول بيقين مثله، لأن الشك ضعيف فلا يقوى على إزالة اليقين القوى[١].

واليقين لغة: العلم الذى لا تردد معه أو قرار الشىء، يقال: يقن الماء فى الحوض، بمعنى: استقر وثبت[٢].

ومعنى اليقين اصطلاحًا: هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع عن دليل، أو هو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشىء أو عدم وقوعه.

وقد عبر الإمام أبو حنيفة عن هذه القاعدة بقوله: إنه متى عرف ثبوت الشىء من طريق الإحاطة والتيقن لأى معنى كان فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلافه»[٣].

فخرج بالاعتقاد الجازم، الظن وغلبة الظن، لأنه لا جزم فيهما، وخرج بقوله: المطابق للواقع، ما ليس مطابقًا للواقع، وهو الجهل، وإن كان صاحبه جازمًا.

وخرج بقوله فى التعريف: عن دليل، اعتقاد المقلِّد فيما كان صوابا، لأن اعتقاده لمَّا لم يكن عن غير دليل كان عرضة للزوال، فكل ذلك ليس من اليقين فى شىء.

وعرفه البعض بقوله: هو اعتقاد الشىء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا، مطابقًا للواقع غير ممكن الزوال.

وقال الموفق: ما أذعنت النفس للتصديق به وقطعت به، وقطعت بأن قطعها به صحيح.

ولكن المناسب هنا تفسير اليقين بالمعنى اللغوى، لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظاهر، فكثيراً ما يكون الأمر فى نظر الشرع يقينًا لا يزول بالشك فى حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه، وذلك كالأمر الثابت بالبينة الشرعية، فإنه فى نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان، مع أن شهادة الشهود لا تخرج عن كونها خبر آحاد يجيز العقل فيها السهو والكذب، وهذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقينًا، لأنه لقوة ضعفه، قد طرح أمام قوة مقابله، ولم يبق له اعتبار فى نظر الناظر[٤].

---

(١) درر الحكام ص٢٠ بتصرف.

(٢) مختار الصحاح ص٧٦٨ للرازى.

(٣) تأسيس النظر للدبوسى ص١٨.

(٤) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص٧٩.

وأما الشك فهو التـردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما عن الآخر، وبـتعبير أدق: تردد الفعل بين الوقـوع وعدمه، ولا يوجد مرجـح لأحد الأمرين على الآخر، فإن تـرجح أحدهما على الآخر بدليل، ووصل ترجيحه إلى درجـة الظهور الذى يبنى عليه العاقل أموره ولم يطرح الاحتمال الآخر فهو الظن، فإن طرح الاحتـمال الآخر بحيث لم يبق له اعتبار فى النظر لشدة ضعفه، فهـو غالب الظن، والظن الغالب معتبر فى الشرع بـمنزلة اليقين فى بناء الأحكام عليه فى أكثر المسائل إذا كان مستندًا إلى دليل معتبر، وإن لم يترجح فهو الوهم.

فإذا رأى إنسان شيئًا فى يد آخر يتصرف فيه تصرفًا يغلب على ظن من يشاهده أنه ملكه، وكان مثله يملك مثله ولم يخبر الرائى عدلان بأنه ملك لغيره، فإنه يجوز له أن يشهد لذى اليد بملكه لهذا الشىء[(١)].

أدلة ثبوت القاعدة:

هذه القاعدة يستدل لها بأدلة كثيرة منها:

١- قوله تعالى: ﴿**وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلاَّ ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا**﴾ (يونس: ٣٦).

٢- ما أخرجه مـسلم فى صحيحه عن أبى هريرة قـال: قال رسول الله ﷺ: «إذا وجد أحدكم فى بطنه شيئًا فأشكل عليه أخرج منه شىء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»[(٢)].

ووجه الدلالة أن الإنسان لا يدع ما هو عليه من الحال المتيقنة إلا بيقين فى انتقالها[(٣)].

وقوله فى الحـديث: «حتى يسمع صـوتًا أو يجد ريحا» مـعناه: أنه لا ينصرف من صلاته حـتى يتيقـن خروج الحدث... وهذا أصل وقاعـدة من قواعد الدين فى أن الأشـياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك.

والمراد: أن استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارئ عليه، ولك أن تقول: الأصل بقاء ما كان على ما كان[(٤)].

فالمدركات لها خمس مراتب:

١- **اليقين:** هو جزم القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعى.

---

(١) المرجع السابق ص٨٠.

(٢) صحيح مـسلم ١/ ٢٧٦، الحديث رقم ٩٨، كتاب الحيض باب الدليل علـى تيقن الطهارة ثم شك فى الحدث، طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة بدون تاريخ.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٥٦، وحاشية الروض المربع للنجدى ١/ ٢٥٩.

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكى ١/ ١٢.

٢- **الظن الغالب**: هو ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر مع اطمئنان القلب إلى الجهة الراجحة.

٣- **الظن**: تجويز أمرين أحدهما أقوى من الآخر.

٤- **الشك**: تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر.

٥- **الوهم**: تجويز أمرين أحدهما أضعف من الآخر(١).

وهذه القاعدة بالغة الأهمية ولها مكانة فى الفقه حيث إنها تدخل فى جميع أبوابه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر(٢).

فروع القاعدة:

١- من تيقن الطهارة، وشك فى الحدث، فهو متطهر، ومن تيقن الحدث وشك فى الطهارة فهو محدث(٣).

٢- إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة، وانقطعت أخباره مدة طويلة، فانقطاع أخباره يثير شكًا فى حياته إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين، وهو حياته المتيقنة من قبل، ومن ثم فلا يجوز الحكم بموته، وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقينًا، وعلى العكس من ذلك، إذا سافر شخص آخر بسفينة وثبت غرقها، فعندئذ يحكم بموته لأن موته ظن غالب، والظن الغالب بمنزلة اليقين.

٣- إذا شك فى إخراج ما عليه من الزكاة فإنه يجب عليه إخراج الزكاة وينوى التقرب(٤).

٤- إذا أحرم بالعمرة، ثم بالحج وشك هل كان أحرم بالحج قبل طوافها، فيكون صحيحًا، أو بعدها فيكون باطلاً؟ حكم بصحته.

٥- إقرار الحاكم بالشىء إن كان على جهة الحكم كان حكمًا، وإن لم يكن كذلك بأن كان فى معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكمًا.

قاله الرافعى، وقال الإسنوى: هذا من القواعد المهمة، فإذا شككنا فى ذلك لم يكن حكمًا، لأن الأصل بقاؤه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء.

٦- لو طلق رجل زوجته، وكانت ذات لبن، وتزوجت بآخر بعد عدتها فحملت منه، وأرضعت طفلاً فى مدة الحمل، فإن لبنها لم يزل معتبرًا من الزوج الأول، فتثبت به حرمة

---

(١) غمز عيون البصائر ١/ ٨٤.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٥٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٤٧.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ٦٥.

الرضاع بالنسبة له، لأنه كان متيقنًا أن اللبن منه، فلا نحكم بأنه من الثانى بمجرد الشك الحاصل بسبب حملها من الزوج الثانى، فإذا ولدت يحكم حينئذ بأن اللبن بعد الولادة من الثانى.

٧- لو عقد الرجل على أختين بعقدين متعاقبين، ونسى الأول، فإنه يفرق بينه وبين الثنتين، ولا يجوز ترجيح أولية عقد إحداهما على الأخرى بغلبة الظن، بل لا بد من العلم، لأن التحرى أو غلبة الظن لا يجرى فى مسائل الفروج.

٨- ومن ذلك، الحبل، فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلاً جازمًا على وجود الحمل، ولم يبنوا عليه الأحكام الجازمة، وإن كان يغلب على ظن كل من رأى المرأة ظهر عليها علامات الحمل أنها حامل، فلو أوصى إنسان للحمل بشىء أو وقف لا تصح الوصية له أو الوقف عليه إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف لكى يتيقن وقتها أن الحمل كان موجودًا.

٩- ما نص عليه من عدم جواز البيع مجازفة فى الأموال الربوية كالمكيلات والموزونات، لأن المماثلة فى بيعها شرط محقق، والمماثلة مع المجازفة مشكوك فيها، فلا تثبت الصحة بناء على الأصل المقدر، وهو أن الحكم المعلق على شرط أو المشروط بشرط إذا وقع الشك فى وجود شرطه لا يثبت، لأن ما ليس بيقين لا يثبت بالشك، والثابت بيقين لا يزول بالشك، ولأن الشك فى المماثلة هو عين المفاضلة فى الأموال الربوية(١).

تنبيه: قال الشيخ أبو حامد: الشك ثلاثة أضرب:

الأول: شك طرأ على أصل حرام، كشاة مذبوحة فى بلد فيه مسلمون ومجوس لا يغلب أحدهما على الآخر فلا تحل، لأن أصلها حرام.

الثانى: شك طرأ على أصل مباح، كما لو وجد ماء متغير واحتمل أن يكون تغيره بنجاسة أو بطول المكث، فيحل استعماله مع الشك عملاً بأصل الطهارة، وكذا الشك فى الطلاق.

الثالث: شك لا يعرف أصله كمعاملة من أكثر ماله حرام، فلا يحرم لإمكان الحلال، ويكره له معاملته لخوف الوقوع فى الحرام(٢).

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٥٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص٣٠ لعلى حيدر دار الكتب العلمية بيروت بدون تاريخ.

(٢) المنثور فى القواعد للزركشى ٢/ ٢٨٧ وما بعدها.

مستثنيات القاعدة:

خرج عن حكم القاعدة فروع منها:

١- لو شك فى الحدث الناقض لو ضوئه من يمسح على الخف هل كان فى وقت العصر أو فى وقت المغرب؟ فإنه يجعله فى وقت العصر حتى لا يصلى بمسح وهو شاك فى طهارته، لأن المسح رخصة، والرخص تبنى على الاحتياط[١].

٢- إذا بال حيوان فى ماء ثم وجده متغيرًا وشك فى أن تغيره بطول مكث أو بسبب آخر حكم بنجاسته عملاً بالظاهر مع أن الأصل فى الماء الطهارة، لأن الظاهر مستند إلى سبب معين وهو البول، فترجح بذلك الظاهر عن الأصل وهذا فى الماء الذى بلغ قلتين[٢] فأكثر وكان البول بحيث يغيره.

أما إذا لم يكن هذا البول يغيره عقب البول ثم عاد فى زمن آخر فوجده متغيرًا فلا يحكم بنجاسته بل يستعمله لأنه تيقن أن تغير الماء ليس بسبب البول.

فإن كان الماء أقل من قلتين، فإنه يحكم بنجاسته قطعًا تغير أو لم يتغير، لأن ما كان من الماء أقل من قلتين يتنجس بمجرد ملاقاته للنجاسة سواء تغير أو لا.

٣- الشك فى موضع النجاسة من الثوب أو البدن أو غيرهما يؤثر فى طهارة الثوب أو غيره ولا تزول النجاسة إلا بغسل جميع الثوب أو غيره، فإذا تيقنا النجاسة على اليد وشككنا هل هى فى اليمنى أو اليسرى وجب غسل اليدين، ولا تصح الصلاة إلا إذا تيقنا زوال جميع النجاسة ولا يتيقن ذلك إلا بغسل اليدين وكل محل يحتمل أن تكون النجاسة قد أصابته[٣].

فاليقين أن إحدى اليدين غير متنجسة، وقد طرحنا اليقين وعملنا بالشك وغسلنا اليدين.

٤- لو شك المسافر، هل نوى الإقامة أو لا؟ فعليه أن يتم صلاته أربعًا للشك فى سبب الرخصة، لأن الرخص لا تناط بالشك[٤].

فنجد هنا أن المسافر قد طرح اليقين وأخذ بالشك فى نية الإقامة، وترتب عليه وجوب الصلاة أربعًا.

---

(١) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ١/ ٦٧ مطبعة الحلبى ١٣٥٢هـ/ ١٩٩٣م.

(٢) القلة هى الجرة الكبيرة عند العرب وتجمع القلة على قلل، والقلتان: خمسمائة رطل بغدادى تقريبا وبالمساحة فى المربع ذراع وربع طولاً وعرضًا وعمقًا، وفى المدوّر ذراعان طولا وذراع عرضا، يراجع الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ١/ ٣٢، ٣٣ للشربينى الخطيب.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٦٥، والأم للإمام الشافعى ١/ ٤٧.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٦٥، والأم للإمام الشافعى ١/ ٤٧.

٥- من كان عليه فائتة وشك فى قضائها، لا يلزمه قضاؤها، مع أن الأصل بقاؤها، والسبب فى ذلك أنه تعذر قضاؤها على الوجه الصحيح، لأنه لو أداها مع الشك لا تصح جزمًا لعدم الجزم بالنية... وقيل: إن الشك فى القضاء خارج عن النية فتصح[١].

أما إن كانت عليه فائتة، فشك فى قضائها، فنوى النافلة إن كانت عليه، وإلا فهى فرض الوقت، فإن الصلاة لا تجزئه عن الفرض لعدم الجزم بالنية، وأما إن كانت عليه فائتة وشك فى أدائها، فقال: أصلى عنها إن كانت وإلا فنافلة، فظهر أنه لم يؤدها، فإن صلاته تصح[٢].

---

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموى ١/ ١٨٢ دار الكتب العلمية.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكى تحقيق الدكتور عبد الفتاح أبو العينين ١/ ٣٨١، والمجموع للنووى ١/ ٤٩٢ مكتبة الإرشاد، جدة بدن تاريخ.

القواعد المندرجة تحت قاعدة: اليقين لا يزول بالشك

يندرج تحت هذه القاعدة قواعد متفرعة عنها ومتممة لها.

ومن أهم هذه القواعد ما يلى:

١- قاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعــدة أن الأصل يبقى على ما كان عليه حتى يقــوم الدليل على خلافه، لأن ما ثبت على حال فى الزمان الماضى ثبوتًا أو نفيًــا يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره.

ولهذا عبر الإمام السيوطى عن هذه القاعدة بقوله: ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه[١].

دليل القاعدة:

الدليل على هذه القاعدة الاستصحاب.

والاستصحاب لغة معناه: الملازمة وعدم المفارقة[٢].

وأما اصطلاحًا فيخـتلف تعريف الاستصحاب عند الأصوليين عنه عند الفـقهاء، فهو عند الأصوليين يأتى على أنواع كثيرة نذكر منها:

(أ) استصحاب النص إلى أن يرد دليل ناسخ لهذا الـنص من كتاب أو سنة فيبطل العمل به لورود دليل ناسخ، وهذا متفق عليه.

(ب) استصحاب العموم إلى أن يرد دليل تخصيص يخصص هذا العام ويقصره على بعض أفراده، وهذا أيضا متفق عليه.

(جـ) استصحاب الحال، وهو ظن دوام الشىء بناء على ثبوت وجوده قبل ذلك.

وهذا النوع الأخير قريب من تعريف الفقهاء للاستصحاب.

فقد عرف الفـقهاء الاستصحاب: بأنه لزوم حكم دل الشـرع على ثبوته ودوامه، كالملك

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٢٥١.

(٢) المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية مادة (صحب) ص٣٥٩.

عند جريان العقد المملك، وشغل ذمة المتلف عند وقوع الإتلاف وشغل ذمة المدين عند مشاهدة استدانته.

وينقسم الاستصحاب عند الفقهاء إلى قسمين:

الأول: أن الشيء إذا كان على حال فى الزمان الماضى فهو على حاله فى المستقبل ما لم يوجد ما يغيره، وسماه بعضهم استصحاب الماضى للحال.

الثانى: أن الشيء على حالته الحاضرة يحكم أنه كان عليها فى الزمان الماضى ما لم يوجد دليل يغيرها، وهذا يسمى الاستصحاب المعكوس، وسماه بعضهم استصحاب الحال للماضى.

والقاعدة التى معنا تشير إلى النوع الأول.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع كثيرة تدل عليها وتؤكد حكمها ومن أهمها ما يلى:

١- مسألة المفقود الذى انقطع خبره ولم يعلم موته ولا حياته، فهذا المفقود يحكم بحياته، لأنه حين تغيبه كانت حياته محققة، ما لم يقم دليل على موته حقيقة، أو يحكم القاضى بموته بعد موت جميع أقرانه، ومن ثم فليس لورثته اقتسام تركته ولا تبين منه امرأته ولا تؤخذ وديعته.

٢- إذا مات نصرانى، فجاءت امرأته وقالت: إنها أسلمت بعد موته فأستحق ميراثه، وقال الورثة: بل هى أسلمت قبل موته فلا ميراث لها، فالقول قول الورثة عند بعض الفقهاء، لأن سبب الحرمان قائم فى الحال، وهو اختلاف الدين، فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال، ولهذا الحكم وجه آخر وهو أن إسلامها حادث، والحادث يضاف إلى أقرب أوقاته.

فالقول للورثة لا للمرأة، فهنا كل من الطرفين متمسك بنوع من الاستصحاب، فالمرأة تريد استحقاق الإرث تمسكًا بالاستصحاب الحقيقى، وهو استمرارها إلى ما بعد موت زوجها على دينه الذى كانت تدين به، والاستصحاب لا يكفى حجة للاستحقاق، والورثة يدفعونها عن استحقاق الإرث تمسكًا بالاستصحاب المعكوس، وهو انسحاب مانع الإرث القائم بالمرأة حين الخصومة وهو إسلامها إلى ما قبل موت الزوج، والاستصحاب يكفى حجة للدفع، فكان القول لهم(١).

(١) القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص٩١.

وإنما كان الاستصحاب غير حجة فى الاستحقاق لأنه من قبيل الظاهر ومجرد الظاهر لا ينهض حجة فى إلزام الغير، ولما كان الاستحقاق على الغير إلزامًا لم يكتف فيه بالظاهر(١).

ولهذا قال الكرخى: «الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق».

فمن كان فى يده دار فجاء رجل يدعيها فظاهر يده يدفع استحقاق المدعى، حتى يأتى بالبينة، ولو بيعت دار بجانب هذه الدار، فأراد من فى يده الدار أخذ الدار المبيعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار، فإنه بظاهر يده لا يستحق الشفعة إلا إذا أثبت أن هذه الدار ملكه.

والأوجه كما ذكر ابن نجيم: أن الاستصحاب ليس بحجة مطلقا لا فى الدفع ولا فى الاستحقاق، وأن ما يدل بظاهره من الفروع على أنه حجة فى الدفع فليس فى الحقيقة احتجاجًا بالاستصحاب، بل باستمرار العدم الذى هو الأصل فى الأشياء.

وهذا غير معتبر، لأن استمرار العدم فى المسائل العدمية هو عين الاستصحاب، ولا فرق بينهما إلا فى التعبير.

فمن قال: إن الاستصحاب يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق وهم الحنفية فإنهم يقولون فى مسألة المفقود: إن استصحاب حياته يمنع تقسيم تركته وبينونة امرأته لكن لو مات شخص يرثه المفقود فلا يستحق المفقود من إرثه شيئًا لعدم تحقق حياته عند موت مورثه، فاستصحاب حياة المفقود لم يصلح حجة لاستحقاقه الإرث حال غيبته.

ومن قال: إن الاستصحاب يصلح للدفع والاستحقاق وهم الشافعية قالوا بأن المفقود يرث ولا يورث، لأنه قبل فقده كان حيًا فيجب استصحاب حياته حتى يظهر خلاف ذلك(٢).

وهذا هو رأى الحنابلة أيضًا: فالاستصحاب عندهم حجة للدفع والاستحقاق ولهذا فإنهم يوقفون نصيب المفقود لحين ظهور حياته أو موته، فإن ظهر حيا ورث، وإلا رد المال لورثة مورث المفقود(٣).

٣- إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها، فأنكر الزوج طلاقها ولم يكن لها بينة تدل على صحة قولها، فالقول قوله، لأن الأصل بقاء النكاح، وفى دعواها الطلاق شك لعدم وجود ما يثبت ذلك، فالمتيقين إذًا هو النكاح، والطلاق مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك.

ولا يقال: إن هذا يتعارض مع قاعدة: الأصل فى الأبضاع التحريم، لأن هذه القاعدة

(١) المرجع السابق ص٩٢.
(٢) تهذيب شرح النووى ص١٨٢، ١٨٤.
(٣) المقنع ٢/ ٤٤٤.

تجرى قبل النكاح لا بعده، فإذا ما وقع النكاح كان هو الأصل، وكان الطلاق أمرًا طارئًا، فإن ثبت بالإقرار أو الشهود زال النكاح، لأن ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين.

٤- إذا تعاشر الزوجـان مدة مديدة ثم ادعت الزوجة عـدم الكسوة والنفقة، فـالقول قول الزوجة عند عدم بينة الزوج فيكون القول قولها مع يمينها، لأن الأصل بقاء الكسوة والنفقة فى ذمته كالمـديون إذا ادعى دفع الدين وأنكر الدائن فيبقى الدين فى ذمة المـدين حتى يثبت ذلك بالبينة لأن الأصل بقاؤه فى ذمته.

٥- إذا ادعت المطلقة امتداد الطهر وعدم انقـضاء العدة صدقت ولها النفقة، لأن الأصل بقاء العدة بعد وجوبها[١].

٦- لو اختلف البـائع والمشتـرى فى مدة خيـار الشرط، أو فى مضى مـدة أجل الثمن، فالقول لمنكر المضى، لأنهـما تصادقا على ثبوت الخيار والأجل ثم ادعى أحـدهما السقوط، والأصل بقاؤهما بعد الثبوت[٢].

مستثنيات القاعدة:

يستثنى من قاعدة الاستصحاب فروع فقهية خرجت عن هذه القاعدة ومنها:

(أ) لو ادعى المـودَع عـنده الوديعـة أنه ردها أو ادعى هلاكـهـا، وأنـكر المـودِع وهو المـالك، فالقـول للمـودَع عنده الوديعة مع أن الأصل بـقاؤها عنده، لأن كل أمـين ادعى ردَّ الأمانة إلى أصحابها فالقول قوله بيمينه، لأن الأصل براءة الذمة وعدم التعدى أو التقصير.

فالسبب فى تـصديقه بيمينه: أن الأمـين هنا يدعى براءة الذمة من الضمـان، وأما المودِع فهو يدعى شغل ذمة الأمين وذلك خلاف الأصل، لأن الأصل براءة الذمة[٣].

(ب) لو ادعت المرأة مضى عدتها فى مدة تحتمـل انقضاء العدة، صدقت بيمينها، مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها، وذلك لأن مـضى العدة من الأمور التى لا تعلم إلا منها، فإذا لم يقبل قولها فى مضيها لا يمكن ثبوت مضيها أصلاً، فقبل قولها فى ذلك ضرورة[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٥١، ٥٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٧، ٥٨.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص٨٨.

(٣) أصول الكرخى، الأصل الثانى عشر ص١١٢، ودرر الحكام ٢/ ٢٠، ٢١.

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٩٣.

٢- قاعدة: القديم يترك على قدمه

معنى القاعدة:

المراد بالقديم هنا، ما لا يعرف أوله، لأن ما يعرف مبدؤه لا يكون قديمًا، والمعنى الذى تدل عليه هذه القاعدة، أن القديم المشروع يجب أن يترك على حاله الذى هو عليه حتى يثبت خلافه، لأن بقاء الشىء مدة طويلة دليل على أنه مستند إلى حق مشروع، فيحكم بأحقيته، وذلك من باب حسن الظن بالمسلمين بأنه ما وضع إلا بوجه شرعى، وذلك ما لم يكن هذا القديم ضارًا، لأن الضرر لا يكون قديمًا(١).

وإنما لم يجز تغيير القديم عن حاله أو رفعه بدون إذن صاحبه لأنه لما كان من الزمن القديم على هذه الحالة المشاهدة فالأصل بقاؤه على ما كان عليه لغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعى.

فإذا كان رجل لداره مسيل ماء أو كان له ممر إلى داره فى أرض الغير وكان ذلك المسيل أو الممر قديمًا لا يعرف أحد الحاضرين مبدأ لحدوثه، فأراد صاحب الأرض أن يمنع صاحب الدار من المرور فى أرضه، أو أراد أن يحول المسيل أو الممر ويغيره عن حاله القديم، فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه(٢).

فلو بنى صاحب الأرض بناء فى الممر بإذن صاحب حق المرور فإنه يسقط حق مروره، ولا يكون له بعد ذلك حق المخاصمة مع صاحب الأرض لاستعادة حقه القديم، لأن إذنه ذلك أسقط حقه فى المطالبة به، إلا إذا كان صاحب حق المرور مالكًا لرقبة الطريق فلا يمنع من المخاصمة واستعادة حقه بعد الإذن له فى البناء، لأن الملك لا يسقط بالإسقاط، فإن قال شخص: أبطلت حقى فى المسيل مثلاً، فإن كان له حق إجراء الماء دون الرقبة بطل حقه، وإن كان له حق فى رقبة المسيل لا يبطل ذلك بالإبطال(٣).

٣- قاعدة: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته(٤)

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه إذا وقع اختلاف فى زمن حدوث أمر، ولا بينة، فإنه ينسب هذا الأمر إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم يثبت نسبته إلى زمن أبعد، لأن الوقت الأقرب قد

---

(١) المجلة مادة (٧)، المدخل فقرة ٥٩٧، ودرر الحكام ص٢٥، وابن نجيم ص٦٤.
(٢) المجلة العدلية المواد: ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٩.
(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٩٦. (٤) درر الحكام ص٢٥، ابن نجيم ص٦٤.

اتفق الطرفان على وجرد الحادث فيه، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك، فوجود الحادث فى الوقت الأقرب متيقن وفى الأبعد مشكوك فيه لذلك نسب إلى الأقرب فعند التنازع فى تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد.

فروع القاعدة:

ومن الأمثلة التى تندرج تحت هذه القاعدة ما يلى:

١- لو تبين فى المبيع عيب بعد القبض، وادعى البائع حدوثه عند المشترى، وادعى المشترى حدوثه عند البائع، فالقول قول البائع لأنه يدعى وقوع العيب فى الزمن الأقرب ويعتبر العيب فى هذه المسألة حادثًا عند المشترى، فليس للمشترى حق فى فسخ عقد البيع حتى يثبت أن العيب قديم عند البائع، إلا أن يكون العيب مما لا يحدث مثله، بل هو من أصل الخلقة كالخيف فى الفرس[(١)].

٢- من ضرب بطن حامل فانفصل الولد حيًا، وبقى زمانًا بلا ألم ثم مات فلا ضمان على الضارب، لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر، إلا إذا عاضد ذلك سبب ظاهر قوى كمن جرح وبقى زمانًا يتألم من جرحه ثم مات، فإن الموت هنا ينسب إلى الجرح، لأنه سبب ظاهر مع احتمال أن يكون الموت بغيره[(٢)].

٣- إذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها أثناء مرض الموت طلاق الفار ليحرمها من الميراث، وطالبت بالإرث، وادعى الورثة أنه طلقها فى حال صحته، وأنه لا حق لها فى الإرث، فالقول للزوجة لأن الأمر الحادث المختلف على زمن وقوعه هنا هو الطلاق، فيجب أن يضاف إلى الزمن الأقرب، وهو مرض الموت الذى تدعيه الزوجة ما لم يقم الورثة البينة على أن طلاقها كان حال الصحة.

٤- وإذا ادعى المحجور عليه أو وصيه أن عقد البيع الذى أجراه المحجور عليه قد حصل بعد صدور الحكم بحجره، وطلب فسخ البيع، وادعى المشترى حصول البيع قبل تاريخ الحجر فالقول للمحجور عليه أو وصيه، لأن وقوع البيع بعد الحجر أقرب زمنا مما يدعيه المشترى، وعلى المشترى إثبات خلاف الأصل، وهو حصول البيع له قبل صدور الحكم بالحجر[(٣)].

٥- لو باع الأب مال ابنه بحكم ولايته ثم اختلف المشترى والابن فقال المشترى: كان ذلك قبل بلوغه، فالبيع نافذ، وقال الابن: كان بعد بلوغى، فالبيع غير نافذ، فالقول للابن فلا ينفذ البيع وعلى المشترى أن يثبت أن البيع كان قبل بلوغ الابن.

(١) الخيف: اختلاف لونى عينى الفرس، كأن كانت إحدى عينيه زرقاء والأخرى سوداء أو كحلاء، فإن كان كذلك فهو أخيف (المعجم الوجيز ٢١٧).

(٢) حاشية سنبلى زادة ص٨٦.

(٣) درر الحكام ص٢٥.

ما يستثنى من القاعدة:

يستثنى من قاعدة (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته) مسائل:

(أ) لو ادعى شخص على حاكم معزول أنه أخذ منه بعد عزله مبلغًا من المال جبرًا، وأنكر المدَّعى عليه وهو الحاكم المعزول أنه أخذه منه أثناء ما كان حاكمًا بعد أن أجرى محاكمته، وأنه أعطى المبلغ للمحكوم له وذكر اسمه، فإذا كان المبلغ المدفوع مستهلكًا فالقول للحاكم المدعى عليه، لأنه يضيف فعله لزمن مناف للضمان يدعى براءة ذمته مع أنه بحسب القاعدة لما كان وقوع الأخذ بعد العزل هو الأقرب كان الواجب أن يعد ذلك أصلاً، وعلى الحاكم المدعى عليه أن يثبت خلاف الأصل وهو حصول الأخذ قبل العزل، ولكن الاستثناء هنا جاء تبعًا للقاعدة النافية للضمان وهى: الأصل براءة الذمة.

وأما إذا كان المال المدعى به لا زال قائمًا، فالقول للمدعى ويجب على الحاكم رده إلى المقضى عليه.

(ب) لو قال شخص لغيره: قطعت يدك وأنا صغير، فقال المقر له: بل قطعتها وأنت كبير، فالقول قول المقر، لأنه ينفى الضمان مع أنه تبعًا للقاعدة يكون القول للمقر له، لأنه يضيف الحادث إلى أقرب أوقاته، لأن الأصل براءة الذمة.

(جـ) لو مات ذمى فجاءت امرأته مسلمة وقالت: إننى أسلمت بعد موته فأرث، وقال الورثة: إنها أسلمت قبل موته فلا إرث لها، فالقول لهم، مع أن إسلام الزوجة أمر حادث، وهى تضيفه إلى أقرب أوقاته وهو ما بعد موت الزوج وذلك لأنها اعترفت بسبب الحرمان من الإرث، وهو اختلاف الدين وتمسكت بالظاهر الذى هو إضافته إلى أقرب الأوقات لكى تستحق الإرث بذلك، والظاهر لا يكفى حجة للاستحقاق فاعتبرت الزوجة مسلمة فى الزمن السابق فلا ترث، ويلاحظ أن المسائل المستثناة من أى قاعدة تندرج تحت قاعدة أخرى أوجبت التعارض فلزم الترجيح.

٤- قاعدة: الأصل فى الصفات العارضة العدم

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الصفات بحسب الوجود والعدم قسمان:

الأول: صفات يكون وجودها فى الشىء طارئًا وعارضًا وهى بطبيعة الحال يكون الشىء خاليًا عنها غالبا، والأصل فى هذه الصفات العدم لأن وجودها طارئ وعارض على أصل

طبيعة الشيء وذلك مـثل كون المبيع معيبًـا أو كون العقد غير صحيح فـإن مثل هذه الصفات وغيرها من الأمور العارضة التى توجد بعد العدم وهكذا سائر العقود.

الثـاني: صفات يكون وجودها فى الشيء مقارنًا لوجوده، فيكون مشـتملاً عليها بطبيعته غالبًا وهذه تسمى الصـفات الأصلية، والأصل فيها الوجود كبكارة البنت، وسـلامة المبيع من العيوب، والصحة فى العقود بعد انعقادها.

ويلحق بالصفات الأصلية، الصفات العارضة التى ثبت وجودها فى وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ هو البقاء بعد ثبوت وجودها، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان.

فروع القاعدة:

من الفروع التى تندرج تحت هذه القاعدة ما يلى:

(أ) لو اشترى شخص من آخر بقرة، ثم طلب المشترى ردها لكونها غير حلوب، وأنكر البائع وقـوع البيع على هذا الشرط، فـالصفة الأصليـة فى البقرة كونـها غير حلوب، وصـفة الحلب طارئة، فيكون القول هنا للبائع الذى يدعى عدم حـصول هذا الشرط، وعلى المشترى الذى يدعى خلاف الأصل إثبات ما يدعيه[1].

(ب) لو أدخلت المرأة حلمة ثديهـا فى فم الرضيع ولم يعلم هل دخل اللبن فى حلقه أو لا، فإن النكاح لا يحرم، لأن الأصل عدم المانع الذى هو دخول اللبن.

(جـ) لو اختلف المـضارب ورب المال فى حـصول الربح وعدمـه، فالقول للمـضارب، والبينة على رب المال لإثبات الربح، لأن الأصل عدمه.

(د) لو قال الوصى: لم أتجر فى مال اليتـيم، أو اتجرت فلم أربح أصلاً، أو ما ربحت إلا كذا فالقول قوله، لأن الأصل عدم التجارة وعدم الربح والتجارة صفة عارضة وكذا الربح.

ما يستثنى من القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة مسائل ومنها:

١- إذا تصرف الزوج فى مال زوجتـه، ثم ماتت الزوجة، وادعى الورثة أن الزوج تصرف فى مالها بدون إذنها، وادعى الزوج أنه تصرف بإذنهـا، فالقول للزوج بيمينه مع أنه يدعى إذن الزوجة له وهو أمر عارض.

ووجه ذلك أن الغالب المعتاد أن يتصـرف الزوج فى مال زوجته بإذنها، لأنه أقرب الناس إليها، وكلاهما يعلم عن الآخر ما لا يعلمه غيرهما، فقرينة الزوجية تقوى ادعاء الزوج بأنه قد تصرف بإذن زوجته، وإذا كان الأصل عدم الإذن، فإن الظاهر يكفى لدفع هذا الأصل[2].

---

(١) درر الحكام ١/ ٢٣، وشرح القواعد الفقهية ص٦٩، ٧٠.

(٢) تنوير الأبصار وشرحه رد المحتار على الدر المختار ٩/ ٢٦٦ طبعة دار الكتب العلمية.

٢- لو جاء المضارب بمبلغ وقال: هو أصل وربح، وقال رب المال: كله أصل، فالقول للمضارب مع أن الأصل عدم الربح.

٣- لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار، بعد أن فرض القاضى لهم النفقة، فادعى الأب أنه أنفق عليهم، فالقول قوله مع يمينه مع أن الأصل عدم الإنفاق.

٤- لو أراد الواهب الرجوع فى هبته، فادعى الموهوب له هلاك الشيء الموهوب، فالقول قوله ولا يمين عليه، لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه.

٥- لو اختلف الزوجان فى هبة المهر، فقالت الزوجة وهبته له بشرط أن يطلقنى، وقال الزوج: بغير شرط، فالقول قولها، مع أن الشرط من العوارض، والأصل عدمه[(١)].

٥- قاعدة: هل الأصل فى الأشياء الإباحة أو الحرمة[(٢)]؟

فى هذه المسألة ثلاثة آراء:

الأول: أن الأصل فى الأشياء الإباحة، وهو قول أكثر الفقهاء والأدلة على ذلك ثابتة نقلاً وعقلاً.

أما الأدلة من النقل فهى كثيرة من الكتاب والسنة.

أما الكتاب فمنه قوله تعالى: ﴿**قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ**﴾ (الأعراف: ٢٢).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى أنكر على من حرم ذلك، فوجب أن لا تثبت حرمته، وإذا لم تثبت حرمته ككل امتنع ثبوت الحرمة فى فرد من أفراده لأن المطلق جزء من المقيد، فلو ثبتت الحرمة فى فرد من أفراده ثبتت الحرم فى زينة الله وفى الطيبات من الزرق، وإذا انتفت الحرمة بالكلية ثبتت الإباحة.

وأما السنة فمنها قوله ﷺ: «ما أحل الله فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئًا» وتلا: ﴿**وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا**﴾ (مريم: ٦٤) ومن حديث سلمان: «أن رسول الله ﷺ: سئل عن الجبن والسمن والفراء فقال: الحلال ما أحله الله فى كتابه والحرام ما حرم الله فى كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه فلا تتكلفوه»[(٣)].

ووجه الدلالة أن الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك.

(١) شرح القواعد الفقهية ص١٢٠.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٦، وإرشاد الفحول للشوكانى ص٢٨٤.

(٣) جامع الأصول ١/ ٥٦٨، قال الترمذى: هذا حديث غريب.

وأما الدليل العقلى على أن الأصل فى الأشياء الإباحة فـهو أن الله سبحانه وتعالى إما أن يكون خلق هذه الأعيان والأشياء لحكمة أو لغير حكمة أو كونه خلقها لغير حكمة باطل لقوله تعالى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا﴾ (المؤمنون: ١١٥) والعبث لا يجوز على الله، فثبت أنه سبحـانه خلقها لحكمة ولا تخلو هذه الحكمـة إما أن تكون لعود النفع إليه سـبحانه أو إلينا، والأول باطل لاستحالة الانتفـاع عليه عز وجل، فثبت أنه خلقها لينتفع بها المـحتاجون إليها، فـعلى هذا كان نفـع المحـتاج مـطلوب الحصـول أينمـا كان، فـثبت أن الأصل فى المنافع الإباحة[١].

الرأى الثانى: أن الأصل فى الأشياء الحظر والتحريم.

وهذا القول منسوب لأبـى حنيفة، وعند الرجوع إلى ما كـتبه الحنفيـة عن هذا الموضوع رأيناهم يقولون: ونسب الشافـعية إلى أبى حنيفة القول بأن الأصل فى الأشـياء التحريم، وبناء على هذا فالحنفيـة لم يثبت لديهم أن أبا حنيفة قال بهـذا القول وأن الراجح عندهم القول بأن الأصل فى الأشياء الإباحة لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى الأَرْضِ جَمِيعًا﴾ (البقرة: ٢٩).

ووجه الدلالة أن الله سـبحانه خلـق لنا ما فى الأرض على وجه المنة علـينا وأبلغ وجوه المنة إطلاق الانتفاع فثبتت الإباحة[٢].

واستـدل المانعون بدليل عقلى فـقالوا: إن التصـرف فى ملك الغير بغيـر إذنه لا يجوز، والقول بالإباحة دون دليل تصرف فى ملك الله بغير إذنه وهذا باطل.

ورد هذا بأن ذلك بالنسبة للعباد لأنه يصيبهم الضرر عند التصرف فى أملاكهم بغير إذنهم، وأما بالنسبـة لله عز وجل فذلك غير وارد، لأنه سـبحانه لا يصيبـه ضرر بتصرف العباد فـيما يملك ولم يرد دليل بالمنع.

الرأى الثالث: الوقف، بمعنى أنه لا يدرى هل هنا حكم أو لا؟

ورد هذا الرأى بأن لكل تصرف حكم، ولا يخلو تصرف عن حكم عرفه من عرفه وجهله من جهله، فيكون الأصل فى الأشياء الإباحة هو الراجح.

ويتخرج على هذا الأصل كثير من الأطعمـة والأشربة من النباتات والفواكه والحبوب التى ترد إلينا من بلاد بعيدة ولا نعرف أسـماءها ولم يثبت ضررها، وكذلك يتخرج عليـها كثير من أنواع الفرش والأثاثـات والآلات المستـحدثة فيـما لا يندرج تحت نهى، وأيـضا بعض أنواع العقود المستحدثة والمعاملات الجديدة إذا ثبت خلوها من الربا والجهالة والغرر والضرر.

إذ الأصل فى هذه الأموال قبولها للتصرفات، وجواز التراضى عليها[٣].

(١) إرشاد الفحول ص٢٥٧. (٢) غمز عيون البصائر ص٩٧.

(٣) إحياء علوم الدين للغزالى ٥/ ٨٣٦ وما بعدها.

٦- قاعدة: لا تعارض فى البينات

ذكر ابن القيم هذه القاعدة ومعناها: أن الأدلة المفيدة لليقين لا تتعارض مع الشريعة بحال من الأحوال، بخلاف الأدلة الظنية، فإنها قد تتعارض وعند تعارضها لا يعمل إلا بأحدها قبل الترجيح لأن الجمع بين المتعارضات غير ممكن، والعمل بها جميعًا من غير ترجيح لا يصح.

فإذا لم يمكن الترجيح، وجب التوقف حتى يتأتى الترجيح، وقيل: يجوز العمل بأيها شاء.

وإذًا فشرط العمل بالظنيات عند التعارض الترجيح، فإن وقع التساوى فالتخيير أو التوقف، فإن كان طريق العمل التقليد فهل يشترط الترجيح فى أعيان من يقلده؟ فيه وجهان: فإن كان طريق العمل اليقين فلا مدخل للترجيح إذ الترجيح إنما يكون بين متعارضين ولا تعارض فى اليقينيات[١].

وهذه القاعدة تعتبر من القواعد الأصولية من وجه، وتعتبر من القواعد الفقهية من وجه، فمن حيث النظر فى الأدلة المتعارضة وترجيح إحداها بالقرائن تكون من القواعد الأصولية، ومن حيث العمل بمقتضى الدليل الذى رجحه المجتهد تكون قاعدة فقهية.

٧- قاعدة: الأصل براءة الذمة

معنى القاعدة:

الذمة فى اللغة: العهد والأمان وجمعها ذمام، والذمام: كل حرمة تلزمك إذا ضيَّعتها، ومن ذلك سمى أهل العهد أهل الذمة، ورجل ذمى معناه: ذو عهد[٢].

وأما الذمة فى الشرع فهى معنى قائم بالشخص يقبل الإلزام والالتزام، وبراءة الذمة معناها: خلوها من المسئولية وعدم التزامها بشىء من الحقوق، فالإنسان يظل بريئًا من كل حق حتى يعرض لذمته ما يقتضى التزامها بحق، وتستمر هذه البراءة لذمة الإنسانية طالما لم يطرأ ما يزيل هذه البراءة، ويشغلها بحق للغير بناء على بينة أو إقرار أو يمين.

ومن فروع هذه القاعدة:

١- لو اختلفا فى قيمة المتلف فالقول قول الغارم لأن الأصل براءة ذمته مما زاد[٣].

٢- لو توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل، لا يقضى بمجرد نكوله، لأن الأصل براءة ذمته، بل تعرض اليمين على المدعى.

---

(١) بدائع الفوائد ٤/ ٣٨.
(٢) لسان العرب باب الذال ص١٥١٧.
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٩.

٣- من صيغ القرض: ملكـتكه على أن ترد بدله. . . فلو اختلفا فى ذكر البـدل، فالقول قول الآخذ لأن الأصل براءة ذمته[١].

٨- قاعدة: لا عبرة للتوهم

معنى القاعدة:

التوهم: إدراك الطرف المرجوح من طرفى أمر متردد فيه[٢]، والأمر الموهوم يكون نادر الوقوع، ولذلك لا يعـمل فى تأخير حق، فيـؤدى الحق لصاحبه ولا يؤخـر لأمر موهوم لأن الثابت قطعى أو ظاهر لا يؤخر لأمر موهوم، بخلاف الأمر المتـوقع فإنه كثير الوقوع، فيعمل بتأخير الحكم ولهـذا جوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعى بعد استكمـال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب، لأن الصلح بين الأقارب أمر متوقع كثير الوقوع.

وهذه القاعدة ليست مماثلة لقـاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه، فإن الظن إدراك الطرف الراجح، وأما الوهم فإدراك الطرف المرجوح، ولكن يمكن أن يقال: إن حكم قاعدة: لا عبرة للتوهم، يفهم بالأولى من قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه.

ونقول: إن هذا الفـهم خاطئ، لأن قاعـدة: لا عبرة بالظن البـين خطؤه، لا يعمل فيـها بالظن بعد أن تبين خطؤه تمامًا ومن ثم فإنه يكون فى درجة أقل من التوهم أصلاً، لأن التوهم قد يصبح حقيقة، بخلاف الظن الذى تبين خطؤه.

أما قـاعد: (لا عبرة بالـتوهم) فمعناها: أن الـتوهم لا يبنى عليه حكم شـرعى، فإننا لا نعمل بالتوهم دون انتظار ليتبين الخطأ من عدمه.

ويفهم أنه كـما لا يثبت حكم شـرعى استنادًا على وهم، فكذلك لا يجوز تأخـير الشىء الثابت أصلاً بصورة قطعية لحدوث وهم طارئ[٣].

ومن فروع هذه القاعدة ما يلى:

(أ) لو أثبت الورثة إرثهم بشهـود وقالوا: لا يوجد ورثة غـيرنا للميت فـإنه يقضى لهم بالميراث، ولا عبرة باحتمال وتوهم ظهور وارث آخر يزاحمهم، لأن ذلك أمر موهوم[٤].

(ب) لو توفى المـفلس، تباع أمـواله وتقسم بين الغـرماء، وإن توهـم ظهور غريـم آخر جديد، والواجب المحافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول فلا تقسم التركة، ولكن لما كان لا اعتـبار للتوهم، فإنهـا تقسم على الغرمـاء، وإن ظهر غريم آخـر جديد يأخذ حقـه حسب الأصول الشرعية.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧٨.

(٢) لسان العرب كلمة وهم ص٤٩٤٣.

(٣) شرح القواعد الفقهية ص٢٩٩.

(٤) درر الحكام ١/ ٦٥، وشرح القواعد الفقهية ص٢٩٩.

(جـ) إن بيعت الدار وكان لها جاران لكل واحد حق الشفعة أحدهما غائب فإذا رفع الشفيع الحاضر دعوى الشفعة يحكم له بها، ولا يجوز تأخير الحكم بدعوى أن أحدهما غائب لأنه ربما طلب الشفعة فى الدار المذكورة لأن هذا أمر متوهم.

(د) إذا ولدت المرأة، فطهرت قبل الأربعين، واغتسلت وصلت بناء على الظاهر، لأن معاودة الدم أمر موهوم، فلا يترك المعلوم وهو الطهارة بالموهوم وهو ربما نزل الدم بعد الغسل من الحيض أو النفاس.

(هـ) إذا جرح شخص شخصًا، ثم شفى المجروح من جرحه تمامًا وعاش مدة، ثم توفى، فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون مورثهم مات بتأثير الجرح، لا تسمع دعواهم، لأنه لا عبرة بالتوهم(١).

ما يستثنى من القاعدة:

لهذه القاعدة فروع خرجت عنها وأخذت حكما مخالفًا لها ومنها:

١- لو انهدم بعض الدار المستأجرة، فإن الإجارة لا تنفسخ، بل يثبت للمستأجر الخيار، ولو أصلح المؤجر الدار قبل مضى زمن يسير لا أجرة له، ولا خيار للمستأجر إذا قام هو بإصلاحها، ولو انهدمت الدار كلها قبل تسليمها للمستأجر، فإن الإجارة تبطل، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضة فوجب فسخ عقد الإجارة(٢).

لكن لو انهدمت الدار كلها بعد تسليمها للمستأجر فهل يبطل العقد أو لا يبطل؟

ذهب بعض فقهاء الحنفية منهم محمد بن الحسن ورواية للحنابلة والزيدية والإمامية إلى القول بأن الإجارة لا تبطل، وإنما يثبت للمستأجر حق الفسخ لأن الأصل أن المعقود عليه لا يفوت فله أن ينتفع بالعرصة بدون البناء إلا أنه ناقص، فصار كالعيب يثبت به الخيار فى الفسخ إذا أراد فتوهم الفائدة بإعادة البناء ثابت فلذلك لا تنفسخ الإجارة وإنما يثبت للمستأجر الخيار فقط(٣).

وبناء على هذا تكون المسألة مستثناة من قاعدة: (لا عبرة للتوهم) فإن عدم فسخ الإجارة هو توهم الفائدة بإعادة البناء مرة أخرى، لأن الأجرة قد سقطت ومع هذا لم تنفسخ الإجارة.

٢- المشترى من الفضولى لو دفع الثمن له على رجاء إجازة المالك ثم أراد استرداده منه لم يملك ذلك قبل أن يفسخ المالك البيع مع أن الإجارة موهومة الحصول(٤).

---

(١) القواعد الفقهية للشيخ على الندوى ص٣٧٨.
(٢) نتائج الأفكار للقاضى زاوة الحنفى ٧/ ٢٢٠ طبعة المكتبة التجارية بالقاهرة بدون تاريخ.
(٣) نتائج الأفكار المرجع السابق ٧/ ٢٢٠، البحر الزخار شرح الأزهار ٣/ ٢٦٣، شرائع الإسلام ٢/ ١٨٦.
(٤) شرح القواعد الفقهية ص٣٠١.

القاعدة الثالثة: المشقة تجلب التيسير

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الصعوبة متى وجدت فى أمر من الأمور كانت سببًا شرعيًا صحيحًا للتسهيل والتخفيف ورفع المعاناة عن المكلفين عند تنفيذ الأحكام بوجه من الوجوه المقررة شرعًا[١].

فالمشقة فى اللغة معناها: الجهد والتعب والشدة والعناء، يقال: شق عليه الأمر يشق شقًا ومشقة إذا أتعبه[٢]، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنفُسِ**﴾ (النحل: ٧) أى لم تكونوا قادرين على ذلك إلا بتعب النفس وانكسارها وعنتها، فظهر أن المشقة من معناها الجهد والعناء والانكسار والضيق.

ومعنى هذا أن الصعوبة والعناء إذا وجدت كانت سببًا للتسهيل[٣].

والمعنى الشرعى الذى تفيده قاعدة المشقة «أن الأحكام التى ينشأ عنها حرج ومشقة على المكلف فى نفسه أو ماله فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج».

وجلب الشىء معناه سوقه والمجىء به من موضع إلى موضع، والتيسير معناه فى اللغة السهولة والليونة، يقال: يسر الأمر إذا سهل ولان بعمل لا يجهد النفس ولا يثقل الجسم، ومنه ما ورد به الحديث: «إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا»[٤].

والمقصود بقوله فى الحديث: «سددوا» أى اقصدوا السداد فى الأمر وهو الصواب، وبقوله «قاربوا» أى اطلبوا المقاربة وهى القصد فى الأمر الذى لا غلو فيه ولا تقصير[٥].

والمراد بالمشقة التى تكون سببًا فى التيسير، هى المشقة التى تنفك عنها التكاليف الشرعية، أما المشقة التى لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الجهاد، وألم الحدود، ورجم الزناة، وقتل البغاة والمفسدين والجناة فلا أثر لها فى جلب تيسير ولا تخفيف، وكمشقة الوضوء والغسل فى شدة البرد، وكمشقة إقامة الصلاة فى شدة الحر والبرد ولا سيما صلاة الفجر، وكمشقة الصوم فى شدة الحر وطول النهار، وكمشقة الحج التى لا انفكاك عنها

---

(١) المجلة العدلية، شرح سليم رستم باز ص٢٧ بتصرف.

(٢) النهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢/ ٤٩١ طبعة عيسى الحلبى بالقاهرة بدون تاريخ.

(٣) شرح المجلة للأتاسى ص٤٩.

(٤) أخرجه البخارى والنسائى عن أبى هريرة يراجع: جامع الأصول ١/ ٢١٤.

(٥) جامع الأصول ١/ ٢١٤.

غالبًا، وكمشقة الاجتهاد فى طلب العلم، فهذه المشقات كلها لا أثر لها فى إسقاط العبادات، ولا فى تحقيقها لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات فى جميع الأوقات أو فى غالب الأوقات، ولفات ما رتب عليها من الثواب.

فإذا كان الحرج يعنى رفع المشقة فى التكاليف الشرعية فإن هذا لا يعنى أن كل مشقة تكون سببًا فى التخفيف فإن كل عمل فى حياة الإنسان لا يخلو من مشقة وجهد يصاحب الأعمال الضرورية التى لا غنى عنها بطلب الرزق والأكل وغير ذلك، وهو واقع فى التكاليف الشرعية أيضًا، فتكليف الله لعباده معناه القيام بما يشق بالنسبة إلى عدمه، وامتثال الإنسان فى صوم رمضان فيه نوع مشقة بالنسبة لعدم الصوم، والقيام بأداء الصلوات الخمس مع تحقق الشرائط، والأركان فيه نوع مشقة بالنسبة لعدم الإتيان بها، وهذه المشقات لا يترتب عليها تخفيف لأنها لا تؤدى إلى الانقطاع ولا ترهق الإنسان فى جسمه أو عقله أو ماله أو حاله، وتلك هى المشقة التى ابتلى الله عباده بها، وطلب منهم امتثال أمره فيها، وهذه لا التفات إليها ولا أثر لها فى التخفيف.

لكن هناك مشقة عظيمة فادحة تضيق بها الصدور، وتستأهل الجهود، وتؤثر على النفس والمال، وتؤدى إلى الانقطاع عن الأعمال النافعة، كمشقة الخوف على النفس والأطراف ومنافعها، فهذه المشقة موجبة للتخفيف، والترخص، لأن حفظ المهج والأطراف لإقامة مصالح الدين والدنيا معًا أولى من تعريضها للفوات فى عبادة أو عبادات ثم تفوت أمثالها، فالمشقة هنا خارجة عن المعتاد، وموجبة للتخفيف والترخصى قطعًا، لأنه ليس المقصود من هذه التكاليف إعنات الناس بما يشق عليهم.

فالأحكام التى ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف، ومشقة تصيبه فى نفسه أو ماله أو ضرورة من ضرورياته بسبب مرض أو فقر أو ظرف خاص طارئ فالشريعة تخفف هذه الأحكام وتبدلها بما يقع تحت قدرة المكلف تيسيرًا عليه ودفعًا للإحراج.

أدلة رفع الحرج فى الشريعة:

قامت الأدلة على رفع الحرج فى هذه الأمة من الكتاب والسنة والإجماع وصار ذلك مقطوعًا به فى الدين الإسلامى الحنيف، وعمومات الشريعة النافية للحرج، ومشروعية الرخص كلها تشير إلى أن الله تعالى شرع الأحكام ميسرة سهلة مبنية على اليسر والسماحة، وأن هذا أصل من أصول الشريعة، فإذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق[1]، وهذا قول

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٢، والموافقات ١/ ٢٣١.

الشافعى، وقال الشاطبى: «إن الأدلة على رفع الحرج فى هذه الأمة بلغت مبلغ القطع» وكل ما تجاوز عن حده انقلب إلى ضده كما قال الإمام الغزالى فى الإحياء.

وقاعدة: المشقة تجلب التيسير، وهى قاعدة أصولية وفقهية، صارت أصلا مقطوعًا به لتوافر الأدلة عليها من الكتاب والسنة والإجماع ومشروعية الرخص.

فقد دل على هذه القاعدة كثير من آيات الله: فى الكتاب المبين، فقال تعالى: ﴿**يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾ (البقرة: ١٨٥)، وقال تعالى: ﴿**لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا**﴾ (البقرة: ٢٨٦)، وقال تعالى: ﴿**رَبَّنَا وَلا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا**﴾ (البقرة: ٢٨٦)، وقال تعالى: ﴿**يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ**﴾ (النساء: ٢٨) وقوله تعالى: ﴿**مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ**﴾ (المائدة: ٦) وقال عز وجل ﴿**وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالأَغْلالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ**﴾ (الأعراف: ١٥٧) وقال جل ذكره: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾ (الحج: ٧٨).

فقد دلت هذه الآيات على أن الله شرع الأحكام سهلة ميسرة على العباد فما من عمل من أعمال القلب أو الجوارح إلا وهو فى وسع المكلف وفى مقتضى إدراكه، ودلت كذلك على أن الحرج مرفوع عن هذه الأمة، فى كل ما يلحق ضيقًا بالمكلف فى نفسه أو جسمه أو بهما معًا فى الدنيا والآخرة، حتى لا يؤدى التكليف بما هو شاق إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه وعن العبادات الأخرى وعن المصالح الأخرى الدنيوية أو إلى وقوع خلل فى عقل الإنسان وجسمه أو الإخلال بالواجبات والالتزامات تجاه أولاده وزوجته ومجتمعه.

وقامت الأدلة من السنة على يسر التكاليف الشرعية وأن الله تعالى رفع الحرج والمشقة عن العباد.

ومن ذلك ما روى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «بعثت بالحنيفية السمحة... ومن خالف سنتى فليس منى»[1] وقال ﷺ: «إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه»[2] وروى الشيخان من حديث أبى هريرة... «إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين»[3] وروى الطبرتاى عن ابن عباس مرفوعًا: «إن الله شرع الدين فجعله سهلاً واسعًا ولم يجعله ضيقا»[4] وقال ﷺ: «إن الله تعالى وضع عن أمتى الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» وقالت عائشة رضي الله عنها: «ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما

(١) فتح البارى على صحيح البخارى ٢/ ٨٦ الطبعة الأولى.

(٢) جامع الأصول ١/ ٢١٤.

(٣) البخارى ومسلم من حديث أبى هريرة رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين باب الحكم والأناة والرفق ص٢٨١ دار إحياء الكتب العربية طبع عيسى الحلبى.

(٤) متفق عليه من حديث عائشة يراجع: رياض الصالحين ص٢٨٤.

ما لم يكن إثمًا، فإن كان إثمًا كان أبعد الناس منه، وما انتقم رسول الله ﷺ لنفسه فى شىء إلا أن تنتهك حرمة الله، فينتقم لله تعالى»[(١)].

قال ابن حجر العسقلانى: «وسمى الدين يسرًا مبالغة بالنسبة إلى الأديان قبله، لأن الله وضع عن هذه الأمة الإصر الذى كان على من قبلهم، ومن أوضح الأدلة أن توبتهم كانت بقتل أنفسهم وتوبة هذه الأمة بالإقلاع والعزم والندم»[(٢)].

وقام الإجماع على عدم التكليف بالشاق، وذلك أن الإجماع قد انعقد بين علماء الأمة على عدم وقوع المشقة غير المألوفة فى أمور الدين، ولو كان ذلك واقعًا لحصل التناقض والاختلاف فى الشريعة وذلك منفى عنها، لأن الأدلة على سماحة الشريعة أكثر من أن تحصر، فأحكام الشريعة كلها مبنية على التيسير.

ومن أجل ذلك أباح الشارع الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة والإعارة والقرض، وسهل الأمر بالاستعانة بالغير وكالة وإيداعًا وشركة ومضاربة ومساقاة، وأجاز الاستيفاء من غير المديون حوالة وبإسقاط بعض الدين صلحًا أو إبراء، وبالتوثيق على الدين برهن أو كفيل.

وثبت ذلك أيضًا من مشروعية الرخص، فهذا أمر مقطوع به ومما علم من دين الأمة بالضرورة كرخص القصر والفطر والجمع وتناول المحرمات فى حالات الاضطرار، فإن هذا نمط يدل قطعًا على مطلق رفع الحرج والمشقة أو التيسير والتسهيل على الناس.

وما جاء فى النهى عن التعمق والتكلف، وعن كل ما يسبب الانقطاع عن دوام الأعمال، ولو كان الشارع قاصدًا المشقة فى التكليف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف.

تعريف الرخصة:

الرخصة معناها لغة: السهولة واليسر فى الأمر والتسهيل فيه، أو هى الانتقال من أمر صعب إلى أمر سهل، أو هى: ما شرعت بسبب قيام مسوغ لتخفيف الحكم الأصلى.

فقد يعرض للمكلف ما يجعل التكليف شاقًا غير قابل للاحتمال أو لا يمكن أداؤه إلا بمشقة ولكن يستطاع الأداء فى الجملة فيرخص الله تعالى للمكلف أن يترك الفعل الذى يطالب الشارع به كالمريض فى رمضان يرخص له الشارع الإفطار على أن يقضيه بعدة من أيام أخر[(٣)].

ومعنى الرخصة شرعًا: ما ثبت على خلاف الأصل بدليل شرعى راجح[(٤)].

---

(١) رواه الحاكم فى مستدركه من حديث ابن عباس وصححه ٢/ ١٩٨.

(٢) القواعد الفقهية للشيخ على الندوى ص٣٠٧.

(٣) أصول الفقه للإمام محمد أبى زهرة ص٤٠.

(٤) حاشية النجدى على الروض المربع ١/ ٢١٣.

والرخصة تقابلها العزيمة، وهى لغة: القـصد المؤكد، وشرعًا: حكم ثابت بدليل شرعى خال عن معارض راجح، أو هى مـا شرعت ابتداءً ويكون الفعل فيها ليس سبـبه وجود مانع، وهما وصفان للحكم.

والفرق بينهما أن الرخصة: ما جاء على وفق دليل شرعى خال عن معارض راجح، وهى لا تستباح بالمعاصى، والعزيمة: ما جاء على وفق دليل شرعى خالٍ عن معارض راجح، وهى ما جاز فعلها، ولو فى حال المعصية(١).

فالشـريعة وضعت رحـمة بالمكلف، تخفف هذه الأحـكام وتبدلها بمـا يقع تحت قدرة المكلف تيسيرًا عليه ودفعًا للإحراج.

وعلى هذا الأسـاس، جعل المـرض والسـفر، والإكـراه والنسـيان والجـهل رخصـة فى الواجبات الدينية كالصلاة والصوم فأسقطت بعضـها وخففت بعضها الآخر، وأخرت ثالثًا ومن ذلك أن الشريعة أسقطت عن المريض والمسافر صلاة الجمعة، وشرعت قصر الصلاة الرباعية للمسافر، وجوزت الصلاة قاعدًا أو مضطـجعًا لمن لم يستطع القيام أو القعود، وأباحت الفطر للمسافر، وقضاء الصوم حين الإقامة والصحة.

كما شـرع بيع السَّلم مع أنه معدوم، وبيع المعدوم باطل، ولكن لحـاجة الناس جوز هذا العقد تيسيرًا وتسهيلاً، وقلة عدالة الشهود تسوغ قبول شهادة الأمثل فالأمثل.

ومظاهر التـخفـيف فى الشـريعـة كثـيرة، منـها، هو فى العـبـادات، ومنها مـا هو فى المعاملات، ومنها ما هو فى العقوبات، وما يتصل بها، وقد ذكر السيوطى أن تخفيفات الشرع قد استوعبت ذلك كله.

ومن أجل ذلك شرعت الرخص للعوارض التى تصيب الإنسان سماوية أو غير سماوية.

أولاً: العوارض السماوية المسببة للتخفيف:

وهى الصـغر والجنون، والعـته، والـنسيـان، والنوم، والإغمـاء، والمرض، والمـوت، والحيض، والنفاس.

فالـصغر يـرفع التكليف، ويسقط به مـا يحتـمل السـقوط، لأن التكليف مناطه العـقل، والجنون يسقط به كل العبادات.

والعته أدنى درجة من الجنون أو هو نوع منه يمنع العهدة، ويصح من المعتوه ما لا عهدة فيه، فهو كالصبى المميز.

والنسيان يكون عفوًا من حقوق الله تعالى وهو عذر فى سقوط الإثم لا فى حقوق العباد.

---

(١) حاشية النجدى على الروض المربع ١/ ٢١٣.

والنوم لما كان عجزًا عن استعمال القدرة وجب تأخير الخطاب بالنوم ولم يمنع الوجوب، والنوم منافٍ للاختيار، ومثل النوم الإغماء إلا إذا امتد فيسقط به الأداء، وذلك إذا زاد عن يوم وليلة.

والمرض شرعت العبادات عليه بالقدرة الممكنة.

والحيض والنفاس وهما لا يعدمان الأهلية ولكن تسقط بهما الصلاة دفعًا للحرج.

والموت يسقط كل التكاليف الدنيوية، ويبقى للميت ما تقتضى به الحاجة من تجهيز وديون ووصايا.

ثانيا: العوارض المكتسبة:

وأما العوارض المكتسبة فمنها الجهل بالشريعة فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر إلينا فيعذر بالجهل بالأحكام، ويلحق به جهل الشفيع بالبيع حيث يعذر بالجهل ويكون له حق الشفعة حين يعلم.

ومن العوارض المكتسبة السفه إذ يحجر على السفيه فى ماله نظرًا له، ويراد بالسفه هنا الإساءة بالتصرف فى المال، والسفه من أسباب التخفيف والخطأ كذلك فهو عذر صالح لسقوط حق الله تعالى، والإكراه عذر وله رخص معلومة.

فروع القاعدة:

من فروع قاعدة: المشقة تجلب التيسير:

(أ) عدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض لتكرارها بخلاف الصوم.

(ب) مشروعية البيع لمبيع موصوف فى الذمة مع النهى عن بيع المعدوم والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة، وبارز الدار عن أساسها.

(جـ) إباحة الجمع بين أربع نسوة، فلم يقتصر على واحدة تيسيرًا على الرجال، وعلى النساء أيضًا لكثرتهن، ولم يبح الزيادة عن أربع لما فيه من المشقة على الزوجين فى القسم وغيره.

(د) مشروعية الطلاق، لما فى البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر، وكذا مشروعية الخلع والرجعة فى العدة.

(هـ) مشروعية الكفارة فى الظهار، تيسيرًا على المكلفين لما فى التزام موجب ذلك من المشقة عند الندم.

(و) مشروعية التخيير بين القصاص والدية، تيسيرًا على الجانى والمجنى عليه، وكان

فى شرع موسى عليه السلام القصاص حتمًا ولا دية[١]، وفى شرع سيدنا عيسى عليه السلام، الدية والقصاص.

(ز) إسقاط الإثم عن المجتهد فى الخطأ تيسيرًا على المجتهدين بالاكتفاء بالظن، إذ لو كلفوا الأخذ باليقين لشق عليهم ذلك.

(ح) عدم تكليف الصبى والمجنون، وعدم تكليف النسـاء بكثير مما يجب على الرجال كالجماعة والجمعة والجهاد، والجزية، وإباحة لبس الحرير وحلى الذهب[٢].

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧٨، ٨٠.

(٢) المرجع السابق ص٨٠.

القواعد المندرجة تحت قاعدة: المشقة تجلب التيسير

يندرج تحت هذه القاعدة عدة قواعد نختار من بينها:

١- قاعدة: إذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع الأمر ضاق

قاعدة: إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع الأمر ضاق، معناها أنه كلما ظهرت مشقة فى أمر، فيرخص فيه ويوسع، فإذا زالت المشقة عاد الأمر إلى ما كان.

وهذا معناه: أنه إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو للجماعة، أو طرأ ظرف استثنائى أصبح معه الحكم الأصلى للحالات العادية محرجًا للمكلفين مرهقًا لهم بحيث يجعلهم فى ضيق عند التطبيق، فإنه يخفف عنهم ويوسع عليهم حتى يسهل ما دامت تلك الضرورة قائمة، فإذا انفرجت الضرورة، وزالت عاد الحكم إلى أصله، وهذا معنى: إذا اتسع الأمر ضاق.

ولتوضيح هذا المعنى نقول: لو تحقق عسر مديون لا كفيل له بالمال، فيرخص له التأدية لهذا الدين وقت اليسر، ولو ثبت عدم قدرته على دفع الدين دفعة واحدة، فيرخص له بتأديته مقسَّطا لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢٨٠) ومعنى هذا أنه يجب إنظار المعسر إلى الميسرة.

أدلة القاعدة:

الأصل لهذه القاعدة أن الله سبحانه وتعالى خفف عن المؤمنين فى حال الخوف، فأباح لهم قصر الصلاة وتغيير أدائها فقال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ (النساء: ١٠١) فإذا زال الخوف وعاد الاطمئنان إليهم وجب إتمام الصلاة وأداؤها على كيفيتها الأصلية، وذلك حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا اطْمَأْنَنتُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا﴾ (النساء: ١٠٣).

كما دلت السنة على هذا الأصل أيضًا، فقد نهى رسول الله ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث أو فوق الثلث، لما ضاق الأمر للحاجة حينما قدم الفقراء على المدينة، فلما اتسع الأمر وزالت الحاجة رجع الأمر إلى أصله كما كان فى الأضحية، فأباح لهم الادخار والانتفاع بالأضحية كما كانوا قبل ذلك لما أخرجه أبو داود عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: «سمعت عائشة رضي الله عنها تقول: دف ناس من أهل البادية حضرت الأضحى فى

زمن رسول الله ﷺ فقال: ادخروا الثلث وتصدقوا بما بقى قالت عائشة: فلما كان بعد ذلك، قيل لرسول الله ﷺ: يا رسول الله لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياهم ويجملون منها الودك، ويتخذون منها الأسقية فقال رسول الله ﷺ: وما ذاك؟ قالوا: نهيت عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال رسول الله ﷺ: إنما نهيتكم من أجل الدافة التى دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا»[1].

فقد نهى ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث أو فوق الثلث لما ضاق الأمر للحاجة، فلما اتسع الحال رجع الأمر إلى أصله.

فروع القاعدة:

من جملة ما تفرع عن هذه القاعدة:

(أ) جواز دفع السارق والباغى ما أمكن إلى أن يندفع شره ولو بالقتل، لقول سيدنا على كرم الله وجهه: «لا تتبعوا موليا أى فاراً ولا تجهزوا على جريح» لأن القصد من قتال البغاة كان لدفع الضرر، وقد حصل بهروبه أو جرحه، فلا تجوز الزيادة عليه، لأن ما جاز لعذر امتنع بزواله، ولأن الضرورة تقدر بقدرها، وهى قاعدة شرعية يقرب معناها من هذه القاعدة.

(ب) وجوب إنظار المعسر إلى الميسرة.

(جـ) جواز طعن المزكى فى الشهود، وطعن المحدِّث فى الرواة.

(د) جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل عند فقد العدالة أو ندرتها للضرورة.

(هـ) عدم وجوب الخروج على الإمام الجائر إذا كان متغلبًا وفى الخروج عليه مفسدة.

(و) جواز الإجارة على الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإمامة حفظًا للشعائر من الضياع.

(ز) شهادة القابلة على الولادة لضرورة حفظ الولد ونسبه.

(ح) شهادة النساء والصبيان فى الحمامات والمواضع التى لا يحضرها الرجال دفعًا للحرج وضياع الحقوق[2].

(ط) كثير العمل فى الصلاة إذا اضطر إليه سومح به فإذا لم يكن به حاجة لم يسامح به.

وقد عبر الغزالى عن هذه القاعدة بقوله: كل ما تجاوز حده انعكس إلى ضده[3].

(١) رواه أبو داود فى باب حبس لحوم الأضاحى حديث رقم ٢٨١٢ ص٩٩.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٦٣، ١٦٤، والمجلة شرح الأتاسى ص٥١، ٥٢، والأشباه والنظائر للسيوطى ص٨٣، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥.

(٣) الوجيز مع فتح العزيز للرافعى ص١٤٢، ١٤٣ دار الفكر بدون تاريخ.

٢- قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات

معنى القاعدة:

الضرورة فى اللغة مأخوذة من الاضطرار، وهو الحاجة الشديدة، والمحظورات جمع محظور، وهو الحرام المنهى عن فعله.

وعلى هذا فما تدعو إليه الضرورة من المحظورات فإنما يرخص منه بالقدر الذى تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطر إنسان لمحظور، فليس له أن يتوسع فى المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط مراعاة لقيد وردت به قاعدة: الضرورة تقدر بقدرها[١].

وعلى ذلك يكون معنى القاعدة أن الممنوع شرعًا يباح عند الضرورة، إذا كان فى مكان لا تندفع ضرورته فيه إلا بارتكاب المحرم.

دليل القاعدة:

دليل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿**وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ**﴾ (الأنعام: ١١٩) وهذه القاعدة أصولية فقهية، وهى تتعلق بالرخص الشرعية، وهذه الرخص ثلاثة أنواع:

النوع الأول: يفيد إباحة ما حرمه الله حالة الضرورة، كأكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عند المجاعة، وأكل لحم الخنزير، وإساغة اللقمة بالخمر عند الغصة أو عند الإكراه التام بقتل أو قطع عضو، لأن الاضطرار كما يتحقق بالمجاعة، يتحقق بالإكراه التام.

فهذه المحرمات ونحوها تباح عند الاضطرار لقوله تعالى: ﴿**إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ**﴾ أى دعتكم شدة المجاعة لأكلها، والاستثناء من التحريم إباحة، وأيضًا يتحقق الاضطرار بالإكراه التام، فيباح التناول ويحرم الامتناع، فلو امتنع من الأكل من هذه المحرمات حتى مات أو قتل كان آثمًا، لأنه بالامتناع صار ملقيًا بنفسه إلى التهلكة، وقد نهى عن ذلك، وأما إن كان الإكراه بحبس أو ضرب لا يخاف منه التلف لا يحل أن يفعل.

النوع الثانى: وهو نوع من الرخص لا تسقط حرمته بحال، أى أن الفعل يبقى حرامًا لكن رخص فى الإقدام عليه نظرًا لحالة الضرورة وذلك مثل إتلاف مال المسلم أو القذف فى عرضه، أو إجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالإيمان، إذا كان الإكراه تامًا.

---

(١) نظرية الضرورة فى الشريعة الإسلامية للدكتور وهبة الزحيلى ص٦٧ نشر مكتبة الفارابى دمشق ١٩٦٩م.

فهذه الأفعال فى نفسها محرمة مع ثبوت الرخصة، فأثر الرخصة فى تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة فقط، لا فى تغيير وصفه أى حرمته والامتناع عن الفعل فى هذا أفضل حتى لو امتنع فقتل كان مأجورًا.

النوع الثالث: أفعال لا تباح بحال ولا يرخص فيها أصلاً لا بالإكراه التام ولا بغيره مثل قتل المسلم(١)، أو قطع عضو منه ومثل الزنا أو ضرب الوالدين أو أحدهما.

فهذه الأفعال لا يباح الإقدام عليها، ولا ترتفع المؤاخذة ولا الإثم لو فعل واحدًا منها مع الإكراه.

وعلى هذا، فالضرورة فى النوع الأول ترفع حكم الفعل من المؤاخذة لكن لا ترفع الضمان لو اضطر لأكل مال الغير.

والنوع الثانى: ترفع الضرورة المؤاخذة فقط لكن لا ترفع صفة الفعل ولا الضمان.

وفى النوع الثالث: لا ترتفع المؤاخذة ولا الصفة ولا الضمان ولكن يدرأ الحد بالشبهة.

فهذه القاعدة وهى: (الضرورات تبيح المحظورات) لا تتناول النوع الأخير، لأنه لا يباح بحال فيكون هذا النوع مستثنى من هذه القاعدة، وهى إنما تتناول النوع الأول مع ثبوت إباحته، والنوع الثانى مع بقاء حرمته، والترخيص إنما هو فى رفع الإثم كنظر الطبيب إلى ما لا يجوز انكشافه شرعًا من مريض أو جريح فإنه ترخيص فى رفع الإثم لا الحرمة، ومثل الاضطرار لأكل مال الغير عند المخمصة فإنه لا يسقط حرمة مال الغير، بل يسقط الإثم، ويجب عليه ضمانه أو الاستحلال من صاحبه(٢).

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة فروع كثيرة من أهمها:

(أ) أخذ رب الدين من مال المدين الممتنع من أداء الدين بغير إذنه إذا ظفر بجنس حقه.

(ب) جواز دفع الصائل المعتدى، ولو أدى إلى قتله إن لم يمكن الدفع بدونه.

(جـ) التلفظ بكلمة الكفر للإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان لقوله تعالى ﴿**مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ**﴾ (النحل: ١٠٦).

(د) لو عم الحرام قطرًا بحيث لا يوجد فيه مال حلال فإنه يجوز منه بقدر حاجته ولا يقتصر على قدر الضرورة.

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ١/ ٩٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٨٤.

(هـ) لو أكره على القتل أو الزنا، فـلا يباح ذلك بالإكراه لما فيه من المـفسدة التى تقابل مهجة المكره أو تزيد.

(و) دم الشهـيد طاهر فى حق نفـسه، لذلك لا يغسل، وأمـا فى حق غيـره فنجس لعدم الضرورة.

(ز) من جاز له اقتناء كلب الصيد، لم يجز له أن يقتنى زيادة على القدر الذى يصطاد به.

(ح) يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع فى مكان واحد لكن الجواز هو بقدر ما يندفع به هذا العسر، فلو اندفع بجمعتين لم يجز بالثالثة.

القاعدة الرابعة: الضرر يزال

١- معنى القاعدة:

هذه القاعدة، يدخل فيها قاعدة: الضـرر لا يزال بالضرر، فهى قيد عليـها أى أن الضرر يزال، ولكن لا بضرر، لأنه لو أزيل الضـرر بالضرر، لما صدق: الضـرر يزال، فشأنها مـعها كشأن الأخص مع الأعم(١).

والمعنى العام لهـذه القاعدة أن الضرر تجب إزالته لأن الضـرر ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه، لأن الأضرار مرفوعة ومزالة، ولا يحق أن تقع أصلاً.

والضرر: ما قابل النفع، فكل ما ليس بنفع ضرر.

و (الضرر يزال) جملة خبرية لفظًا إنشائية معنى، لأن الإخبار فى كلام الفقهاء للوجوب، فيكون المـراد بها الإنشاء أى أن الأضرار يجـب إزالتها، بل هى مزالة من الله ابتـداء ودوامًا، وليس هناك تكليف فيه ضرر لأنه مزال ومرفوع شرعًا.

وكذلك الإنسـان مكلف بأن يزيل الضـرر عن نفسه، لأن نفـسه ليـست ملكًا له، بل هى مملوكة لله تعالى، لأنه خالقها وبارئها ولا يجوز أن يلحق الضرر بغيره، لأنه ظلم، والظلم قد حرمه الله تعالى، وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع.

وإطلاق الضرر يفهم منه أن التحريم ليس قاصـرًا على الأضرار الواقعة بالفعل، بل يشمل ما كان منها ابتداء بعدم تشريع حكم يلزم منه ضرر سواء كان ذلك الحكم تكليفيّا، أو وضعيّا، كما يشمل أيضًا: الضرر الحاصل بسبب الأعـذار الطارئة، ويشمل ما كان بالتدارك أى بتشريع الأحكام التى يتدارك بها الضرر الحاصل كأنه لم يحدث(٢)، فلا يجوز شرعًا لأحد أن يلحق ضررًا ولا ضرارًا.

والفرق بين الضرر والضرار كما قال ابن حجر فى شرح الأربعين النووية: أن معنى الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقًا، والضرار إلحـاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة، وهذا أليق بلفظ الضرار إذ يدل على المشاركة.

والقاعـدة مقيـدة إجماعًـا بغير مـا أذن به الشرع من الضرر كـالقصاص والحـدود وسائر

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٢، والأشباه والنظائر لابن السبكى ١/ ٣٩.

(٢) فواتح الرحموت للأنصارى ص٣١٤ المطبعة الأميرية بولاق الطبعة الأولى ١٣٢٢.

العقـوبات والتعازير، لأن درء الـمفاسـد مقدم على جلب المـصالح، على أنهـا لم تشرع فى الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضًا[(١)].

وقاعدة: (الضرر يزال) من أهم القـواعد وأجلها شأنًا، ولها تطبيقات واسـعة فى مختلف المجالات الفقهيـة، وهى مع القاعدة التى قبلها ـ المشقة تجلب التيسيـر ـ متحدة أو متداخلة معها[(٢)].

وهى أيضًا من أركان الشريعة، وتشهد لها نصوص كثيرة فى الكتاب والسنة، وهى أساس لمنع الفـعل الضار، وترتيب نتـائجه فى التـعويض المـالى والعقـوبة، كمـا أنها سند لمـبدأ الاستصلاح فى جلب المصالح ودرء المفاسد، وهى عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم فى طريق تقرير الأحكام الشرعية للحوادث[(٣)].

الأدلة المثبتة لحجية القاعدة:

ثبتت حجية هذه القاعدة بأدلة نقلية وعقلية.

أما ثبوتها بالأدلة النقلية فمن الكتاب والسنة والإجماع.

(أ) أما الكتـاب: فقد ورد فيـه النهى عن الضرر فى آيات كثـيرة، فقال تعـالى فى شأن المطلقـات: ﴿**وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا**﴾ (البقرة: ٢٣١) وقال سبـحانه: ﴿**وَلا تُضَـارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ**﴾ (الطلاق: ٦) وقال فى شأن الوصية بالدين: ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ**﴾ (النساء: ١٢) وقال فيما يتعلق بالبيع: ﴿**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ**﴾ (البقرة: ٢٨٢).

فقد دلت هذه الآيات على تحريم الضرر ومنعه.

وإن من يستقرئ أحكام الشريعة فى كل جزئيـاتها يدرك تمامًا أن الشارع الحكيم قصد من ذلك تحريم كل أنواع الضرر، وأن هذه الجـزئيات تندرج تحت أصل كلى يمكن أن يرجع إليه كل ما كان من هذا القبيل.

وليس الضرر الذى ورد ذكره فى القرآن الكريم منحصرًا فى نطاق اللفظ الذى تتكون مادته من الضرر بل ورد بصور وأشكال مختلفة مما يؤدى معنى الضرر.

ولهذا فقد استدل الفـخر الرازى على هذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿**وَلا تُفْسِـدُوا فِي الأَرْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا**﴾ (الأعراف: ٥٦).

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٦٥، والأشباه والنظائر للسيوطى ص٦٠.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥. (٣) المدخل الفقهى العام ٢/ ٩٧٨.

فالتنبيه على منع الإضرار، وتحريمه فى القرآن الكريم يدل على خطورة هذا الموضع، وأن نفى الضرر كان أمرًا معنيًا به فى جميع الحالات صغيرها وكبيرها.

(ب) وأما السنة: فقد ورد فيها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام»[١].

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ: نفى الضرر مطلقًا لأنه نكرة فى سياق النفى فيعم، فتعين أن يكون المراد به أنه لا يجوز الضرر والضرار فى ديننا، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم، فالغرض من الحديث منع الضرر أيا كان، ولهذا فلا يجوز لأحد أن يلحق الضرر لا بنفسه ولا بغيره، بل ولا يجوز أن يقابل الضرر بضرار، فكأن النبى ﷺ يقول: لا تضروا، ولا تقابلوا الضرر بالضرار، وهذه مرتبة عليا، إذا لم يقابل الإنسان أضرار الناس بالضرار[٢]، قال تعالى: ﴿**فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ**﴾ **(الشورى: ٤٠)**.

والحديث نفى تحريم الضرر مطلقًا، لأن النفى بلا الاستغراقية يفيد تحريم سائر أنواع الضرر من الشرع، لأنه نوع من الظلم، إلا ما خص بدليل كالحدود والعقوبات[٣].

وروى مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجًا له فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك: أنت تمنعنى وهو لك منفعة، تسقى منه أولاً وآخرًا، ولا يضرك فأبى محمد، فكلم فيه عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلى سبيله، قال محمد: لا، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك[٤].

ووجه الدلالة أن منع إمرار الخليج فى أرض محمد بن مسلمة سوف يلحق ضررًا بالضحاك، فلما لم يستجب محمد بن مسلمة لنداءات المصلحين من الناس أمره عمر أن يمر بهذا الخليج ولو على بطنه، وهذا هو العدل الذى دامت به السماوات والأرض وعم به النفع وزال الضرر.

(جـ) وأما الإجماع، فهو قائم بين علماء المسلمين خلفًا عن سلف على مدلول هذه القاعدة، ولا نعلم أنهم اختلفوا فيه.

(د) ويؤيد ما تقدم من الأدلة النقلية دليل عقلى، فقد ثبت عقلاً أن إباحة الضرر قبيحة،

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً وأخرجه الحاكم فى المستدرك، والبيهقى من حديث أبى سعيد الخدرى وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت، يراجع: الأشباه النظائر للسيوطى ص٦٢ وابن نجيم ص٨٥.

(٢) المدخل الفقهى ص٩٧٨، ٩٨٠ بتصرف.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٢.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٣١٥.

والقبيح لا يليق إن صدر من البارئ سبحانه وتعالى، لأن المولى قد وصف نفسه بالرحمة، ووصف شرعه بأنه إصلاح لشئون العباد.

ولكن ما المقصود بمنع الضرار؟.

المقصود بمنع الضرار نفى فكرة الثأر لمجرد الانتقام الذى يزيد فى الضرر، ويوسع دائرته، فالإضرار ولو كان على سبيل المقابلة، لا يجوز أن يكون هدفًا مقصودا، وإنما يلجأ إليه اضطرارًا عندما لا يكون غيره من طرق التلاقى والقمع أفضل منه وأنفع.

فمن أتلف مالا لغيره، فلا يجوز أن يُقَابَل بإتلاف ماله، لأن فى ذلك توسعة للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضمين المتلِف قيمة ما أتلف.

وهذا بخلاف الجناية على النفس أو البدن مما شرع فيه القصاص، لأن الجنايات لا يقمعها إلا عقوبة من جنسها، ليعلم الجانى أنه فى النهاية كمن يعتدى على نفسه، ومهما تكن العقوبة الأخرى فإنها لا تعيد للمجنى عليه ما فقد من نفس أو عضو، فتظل حزازات النفوس كامنة كالنار تحت الرماد، تندفع إلى الثأر، وتجر وراءها ذيول الويلات والفساد، فيبقى طريق القصاص فى الجنايات على النفوس والأعضاء أنفع لأنه أعدل وأقمع.

أما إتلاف المال، فإن التضمين فيه هو التدبير السديد المفيد دون مقابلة الإتلاف بالإتلاف[1].

وهذا مما امتازت به الشريعة الغراء فالذين يعيبون فى إقامة الحدود ويتهمون الشريعة بالعنف وعدم الرحمة، وأنها لا تصلح للعصر الحديث، لم يفهموا الحكمة من مشروعية الحدود ولو فهموا لأدركوا أنه يرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم فإقامة حد الزنا ضرر ولكن عدم إقامته فيه ضرر أعظم ألا وهو فساد الأمة، واختلاط الأنساب لذا يطبق حد الزنا.

فروع القاعدة:

هذه القاعدة يبنى عليها فروع كثيرة من أبواب الفقه مما كانت مشروعيته توقيًا من وقوع الضرر ومن هذه الفروع ما يلى:

الفرع الأول: الرد بالعيب، فإذا دلس البائع على المشترى بإخفاء العيب الموجود فى السلعة عند التعاقد، فالشرع أجاز له الرد بالعيب، لأن المشترى قصد بالشراء السالم الذى تندفع به حاجته على التمام، فكان له حق رد المبيع إذا تحققت شروط الرد بالعيب وهى:

أن يخفى البائع العيب، وألا يكون العيب ظاهرًا وقت العقد، وألا يعلم به، وأن يرد المبيع فور علم المشترى بالعيب.

وضابط العيب الذى ترد به السلعة أن تنقص به عين المبيع أو منفعته نقصًا يفوت به

(١) المدخل الفقهى للزرقا ص٢/ ٩٧٩ بتصرف.

غرض صـحيح على المشتـرى أو تنقص به القيمة بـما لا يتغابن الناس بمـثله، وذلك مثل أن تظهر الدابة المشتراة عمياء أو عرجاء أو يكون العقار وقفًا أو مملوكًا ليتيم.

أما إذا ظهر عند المشترى عيب جديد فـإن هذا يمنع من رد المبيع بالعيب القديم، لتضرر البائع بالعيب الحادث، إلا أن يرضى البائع بأخذه معيبًا فيأخذه معيبًا ويرد جميع الثمن.

الفرع الثانى: الخيارات: فإنها شرعت لدفع الضرر عن المشترى أو البائع أو هما معًا.

تعريف الخيار:

الخيار: اسم مصدر[١] من الاختيار يقال: هو بالخيار يختار ما يشاء، ومنه قوله تعالى: ﴿ **وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ سُبْحَانَ اللَّهِ وَتَعَالَىٰ عَمَّا يُشْرِكُونَ** ﴾ (القصص: ٦٨) قال صاحب اللسان: الخيار لغة: هو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه[٢].

والمعنى الاصطلاحى للخيار ليس ببـعيد عن المعنى اللغوى فقد عرفه ابن حـجر الهيتمى بقوله: الخيـار هو طلب خير الأمرين من إمضاء البـيع أو فسخه[٣] لظهـور مسوغ شـرعى أو بمقتضى اتفاق عقدى.

ومن هذا يتبين أن الشارع الحكيم قـد شرع الخيار لحكمة جليلة وهى حاجة المـتعاقدين إلى التروى ليندفع الغبن ضمانًا لرضا المتعاقدين، وحفظًا لمصلحتهما، ودفعًا للضرر الذى قد يلحق أحد المتعاقدين.

فالخيار مشروع للضرورة أو الحاجة إليه غير أنه قـيد ذلك بشروط تحفظ للعقد قيمته فلا يكون عرضة للنقض والإبطال بدون سبب صحيح[٤].

أنواع الخيارات:

هناك أنواع من الخيارات وهى:

(أ) خيار المجلـس، وهو المكان الواقع فيه العقد ويمكن تعريفـه بأنه حق شرعى يثبت بمقتضاه لكل واحد من المتعاقدين الحق فى إمضـاء العقد أو فسخه ما داما فى مجلس العقد،

---

(١) اسم المصدر: هو ما ساوى المصدر فى الدلالة على معناه، وخالفه لفظًا وتقديرًا دون عوض من بعض ما فى فعله، انظر: حاشية الصبان على شرح الأشمونى ٢/ ٢٨٧.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٥/ ٣٥٠ ط الدار المصرية للتأليف والنشر.

(٣) تحفة المحتـاج شرح المنهاج ٤/ ٣٣٢، والخيارات وأثرها فى التصرفات للدكتور عـبد الستار أبو غدة ص٣ رسالة دكتوراة مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٧٥م.

(٤) خيار النقـد وتطبيقاته فى الفقـه الإسلامى للدكتور أشرف الـخطيب ص٢٩ رسالة دكتوراة مقـدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

ما لم يتفرقا أو يتخايرا، فإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب العقد[١]، وهذا رأى الجمهور.

وأما الحنفية فلم يثبتوا خيار المجلس بناء على أنه ثبت بخبر الواحد وخبر الواحد لا يجوز أن يثبت حكمًا زيادة على النص القرآنى فى قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٨٢) فقد جاء النص خاليًا من خيار المجلس فيكون قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[٢] لا يعمل به لأنه يغير فى النص.

وقال المالكية فى المشهور فى المذهب: بعدم جواز خيار المجلس استنادًا إلى العمل بإجماع أهل المدينة، وذلك لأن عمل أهل المدينة مقدم على خبر الواحد وإن كان صحيحًا لأن عمل أهل المدينة أقوى منه فهو كالمتواتر الذى من قبيل الإجماعات والمتواتر يفيد القطع بخلاف خبر الآحاد فإنه يفيد الظن.

ولكن الراجح هو القول بمشروعية خيار المجلس لحاجة المتعاقدين إليه ليسلما من الندم نتيجة لتسرعهما أو تسرع أحدهما فى شراء السلعة أو بيعها قبل النظر والتروى فيها حفظًا لمصلحتهما، ورفعًا للضرر الذى قد يلحق بهما أو بأحدهما[٣].

(ب) خيار الشرط: وهو أشهر أنواع الخيارات وأهمها، ولهذا ينصرف إليه لفظ الخيار عند إطلاقه فى عرف الفقهاء، وعلى الأخص فقهاء الحنفية والمالكية نظرًا لإنكارهم خيار المجلس[٤].

ويسميه المالكية خيار التروى لأنه شرع ليتروى فى أخذ السلعة أو ردها.

والذى ينظر إلى خيار الشرط فسوف يجد أنه شرع للتروى والتدبر فى أخذ السلعة أو ردها، وبذلك يتيسر للعاقد فرصة استشارة أهل الخبرة فى مدة الخيار فإذا وجد إمضاء العقد فى مصلحته أمضاه وإلا فسخه.

ولهذا قال صاحب الفواكه: البيع المدخول فيه الخيار للبائع أو للمشترى أو لأجنبى جائز، ليتروى فى أخذ السلعة أو ردها[٥].

(جـ) خيار الزوجة: وهذا النوع من الخيارات يخول للزوجة إذا وجدت فى زوجها عيبًا، فهى بالخيار إما أن تقبل، وإما أن ترفع أمرها إلى الحاكم لفسخ النكاح.

---

(١) المحلى لابن حزم ٨/ ٣٥٢.

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه ٩/ ١٨٢، ١٨٣ برقم ٢١١٠.

(٣) خيار النقد فى الفقه الإسلامى مرجع سابق ٥٦.

(٤) فتح القدير للكمال بن الهمام ٥/ ١١٠، جواهر الإكليل ٢/ ٣٤.

(٥) الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى لابن مهنا القيروانى ٢/ ١٢٤.

وإنما ثبت لها الخيار، لما يلحقها من الضرر[١]، ويدخل فى ذلك خيار الوصف كأن شرط أن تكون الزوجة بكرًا فبانت ثيبًا فللزوج أن يردها بهذا العيب لفوات الوصف.

(د) خيار التغرير: ومعناه الخداع، وذلك بأن يخدع البائع المشترى ويوهمه أن المبيع سليم فيقدم على العقد ظانا أنه فى مصلحته والواقع بخلافه، فإذا وقع التغرير وكان معه غبن فاحش سواء كان التغرير من البائع للمشترى أو من المشترى للبائع أو كان من الدلال لأحدهما، فإن المغرور يخير بين إمضاء البيع أو فسخه واسترداد ماله من مبيع أو ثمن[٢] لأن النبى ﷺ: «نهى عن بيع الغرر»[٣] وهو مجمع على تحريمه.

والغبن الفاحش الذى يكون بالتغرير ويترتب عليه الضمان، ويثبت به الخيار هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة.

فلو قوم السلعة أحدهم بمائة درهم، وقومها الثانى بخمس وتسعين، وقومها الثالث بتسعين مثلاً فبيعها بين التسعين والمائة فيه غبن يسير وبالتسعين فما دونها غبن فاحش للبائع، وبالمائة فما فوقها غبن فاحش للمشترى.

وقد حدد المتأخرون من الفقهاء الغبن الفاحش تيسيرًا للفتوى والقضاء بأنه ما بلغ خمس القيمة فى العقار، وعشرها فى الحيوان، ونصف العشر فى العروض وسائر المنقولات.

وجميع أنواع الخيارات جاء لدفع الضرر الواقع على من وقع عليه.

الفرع الثالث: إفلاس المشترى: فإذا اشترى رجل سلعة ثم ركبته الديون وحجر القاضى عليه، فيرد المبيع للبائع إذا كان بحاله لدفع الضرر عنه، لما رواه مسلم بسنده أن النبى ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء»[٤] فثبت بذلك أحقية البائع بالمبيع إذا كان موجودًا وأفلس المشترى بالثمن، منعًا للضرر عن البائع.

الفرع الرابع: الحجر بأنواعه:

الحجر لغة: المنع، وشرعًا: المنع من التصرفات المالية[٥].

---

(١) حاشية النجدى على الروض المربع ٦/ ٣٤٥.

(٢) الدر المختار وحاشيته رد المحتار من باب المرابحة والتولية نقلاً عن شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص١٨٠.

(٣) رواه الجماعة إلا البخارى (نيل الأوطار ٥/ ١٦٦).

(٤) متفق عليه من حديث أبى هريرة ومعظم اللفظ لمسلم من طريق بشير بن نهيك ولهما من طريق أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بلفظ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره» أخرجه ابن حجر فى التلخيص ٣/ ٣٨.

(٥) حاشية قليوبى ٢/ ٢٩٩.

وأنواع الحجر: الصغر والجنون والعته والمرض والإفلاس والسفه والدين.

والحنفية لا يرون الحجر على السفيه، لأن الحجر عليه إهدار لآدميته، والمحافظة على الآدمية خير من إبقاء ماله، ولا يقرون مفهوم المخالفة أصلاً.

وقال الشافعية وغيرهم بجواز الحجر على السفيه مراعاة لمصلحته ومصلحة غيره، والعمل جار على هذا الرأى إذ أن فائدة الحجر على السفيه حفظ ماله من الضياع حتى لا يكون عالة على غيره، وحتى لا يسعى فى الأرض بالفساد بسبب تصرفاته الشاذة فى أمواله وإضاعتها فيما لا يرتضيه عقل ولا شرع[١].

الفرع الخامس: القصاص: وهو أن يوقع على الجانى مثل ما جنى، النفس بالنفس والعين بالعين، والجرح بالجرح[٢] ويكون فى العمد العدوان.

والقصاص شرع لدفع الضرر، ففى قتل القاتل مصلحة عامة، لأن مريد الجريمة إذا علم عقوبتها امتنع فبقيت حياته وحياة غيره، فقد قال تعالى ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾ (البقرة: ١٧٩) وقديمًا قالوا: القتل أنفى للقتل.

فالقصاص مصلحة عامة تحمى المجتمع من الجريمة وتمنع استباحة القتل الذى يهدم حياة الناس، ويعرضها للأخطار، ويقضى على هذه الظاهرة الخطيرة التى استشرت فى هذا العصر بسبب عدم تطبيق عقوبة القصاص، وذلك من أجل إزالة الضرر ودفعه، لأن الضرر يزال.

الفرع السادس: الحدود: جمع حد، وهو لغة المنع، والحاجز بين الشيئين، وفى الشرع: عقوبة مقدرة وجبت على من ارتكب ما يوجبها[٣].

والحدود باختلاف أنواعها شرعت لدفع الضرر فحد الشرب والسرقة والزنا والردة، وحد الحرابة والقذف وغير ذلك من الحدود، وجبت على من ارتكب ما يوجبها، فمن شرب الخمر وثبت ذلك عليه بالشهود أو الإقرار أقيم عليه الحد، ومن سرق كذلك، والزنا والردة أيضًا، فالتنكيل بهؤلاء ينفى الضرر عن الأمة وتارك الصلاة كسلاً يقتل حدّا عند الشافعية وكفرًا عند أحمد بن حنبل وهو قول جمهور السلف من الصحابة والتابعين[٤]، وأما الجاحد لوجوبها فيقتل كفرًا باتفاق لأنه أنكر ما هو معلوم من الدين بالضرورة، ويكون بعد استتابته ثلاثة أيام، فإن تاب وصلى، وإلا قتل لدفع الضرر وهو شيوع ترك الصلاة فى الأمة.

---

(١) مغنى المحتاج ٢/ ٢٩٦، ٢٩٧. (٢) المعجم الوجيز: ٥٠٤.

(٣) شرح فتح القدير ٤/ ١١٢، وحاشية الباجورى ٢/ ٢٢٩.

(٤) حاشية النجدى على الروض المربع ١/ ٤٢٢.

الفرع السادس: الكفارات: جمع كفارة وهى زواجر وجوابر.

وقيل: زواجر فقط، والأول أصح لقوله ﷺ فى حديث عبادة بن الصامت: «فمن أصاب من ذلك شيئًا فعقوقب فى الدنيا فهو كفارة له»(١).

وأنواع الكفارات كثيرة منها: كفارة اليمين، وكفارة الظهار، وكفارة القتل الخطأ، وكفارة إفطار يوم من نهار رمضان بالجماع عند الشافعية ومطلقًا عند الحنفية سواء كان بالجماع أو بالأكل أو الشرب عمدًا.

فهذه الحدود عقوبات ألحقها الله بالذى ارتكب سببها، والعقوبات أضرار، ولكن الشارع أوجبها لدفع الضرر الأعظم، فالكفارات بعمومها وإن كانت ضررًا فى نفسها لكن يندفع بها ضرر أعظم(٢).

الفرع السابع: ضمان المتلفات: فيضمن المتلف عوض ما أتلفه للضرر الذى أحدثه، وضمان المتلفات من قبيل خطاب الوضع، وليس من خطاب الحكم التكليفى.

وعلى ذلك فلا يشترط فى المخاطب بخطاب الوضع العلم بالخطاب كما لا يشترط فيه التكليف، وهو أن يكون بالغًا عاقلاً، ومن ثَمَّ فإن ضمان المتلفات يجب على المكلف وغير المكلف، فيجب على الصغير والعاقل وغيره من إنسان وحيوان، والمخاطب بالنسبة للصغير وليه، وبالنسبة للبهيمة صاحبها.

فضمان المتلفات شرع لدفع الضرر، لأننا لو لم نقل به لأتلف الناس الأشياء دون اكتراث، وهذا ضرر، والأضرار مزالة أيا كان نوعها.

فإذا سلط إنسان ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال، وكذلك إذا تعدى على الطريق ببناء أو حفر أو غير ذلك.

الفرع الثامن: القسمة: فقد شرعت القسمة لدفع الضرر بين الشريكين أو الشركاء ليتمكن كل واحد من التصرف فى ملكه على الكمال، ويتخلص بالقسمة من ضرر المشاركة واختلاف الأيدى.

ومن أجل ذلك فقد شرع الإجبار القضائى على قسمة المال المشترك القابل للقسمة بناء على طلب أحد الشركاء دفعًا لضرر شركة الملك.

ويجب أن ننبه إلى أن ما تتلفه القسمة فلا قسمة فيه كجوهرة وثوب نفيسين لما فيه من

---

(١) رواه مسلم من حديث عمران بن حصين، وفيه: فقال عمر: «أتصلى عليها؟ فقال: «لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل الذنب لوسعتهم» أخرجه ابن حجر فى التلخيص ٤/ ٥٩.

(٢) محاضرات فى قواعد الفقه الكلية لفضيلة أستاذنا الشيخ جاد الرب رمضان ص ٢٢٠.

إضاعة المال، وإن طلب الشركاء من القاضى قسمته لم يجبهم بل يمنعهم من قسمته بأنفسهم لأنه سفه لما فيه من إبطال نفعه بالكلية(١).

الفرع التاسع: نصب الأئمة: والأئمة جمع إمام، والإمام هو خليفة المسلمين العام ومثله الحكام ورؤساء الدول والمحافظون فى هذه الأيام وأعضاء النيابة العامة، فهم ممثلون عن الأمة للمحافظة على الأمن فكان تنصيب الأئمة والحكام واجبًا.

ونصب الأئمة والحكام إما ثابت بطريق الشرع والعقل لأن عدم نصب الأئمة سوف يؤدى إلى هلاك الأمة واختلافها وضعفها فيجب على المسلمين نصب إمام ليلتفوا كلهم تحت رايته، وذلك واجب بالشرع والعقل لما فى طبائع العقلاء من التسليم لزعيم يمنعهم من التظالم، يفصل بينهم فى التنازع والتخاصم، ولولا الولاة لكانوا فوضى، وفى ذلك يقول القائل:

لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

وهو واجب بالشرع أيضًا: لأن الإمام يقوم بأمور شرعية، ويأخذ بمقتضى العدل والتناصف والتواصل، وقد جاء الشرع بتفويض الأمور فى الدين إلى الأولياء والحكام بقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ**﴾ (النساء: ٥٩) وقوله ﷺ فى الولاة: «فاسمعوا لهم وأطيعوا فى كل ما وافق الحق فإن أحسنوا فلكم ولهم، وإن أساءوا فلكم وعليهم»(٢).

الفرع العاشر: دفع الصائل: والصائل هو الذى يصول على غيره ويسطو عليه ليقهره، فالصيال يكون بالاستطالة والوثوب والاستعلاء والاعتداء على الغير ويكون بغير حق، إما لأخذ مال أو لقتل نفس أو لهتك عرض أو لذلك كله.

وقد أوجبت الشريعة دفع الصائل، ويكون بالأخف فالأخف، بمعنى أن الدافع يلزمه التدرج فى دفعه، لأنه شرع للضرورة، ولا ضرورة فى الأثقل مع إمكان الدفع بالأخف.

ويجب قتله إذا لم يندفع إلا به لقوله ﷺ: «من قتل دون دمه فهو شهيد»(٣) وهذا إذا كان الصيال للقتل، فإن كان الصيال لأخذ المال فإنه يدفعه بالقتل فيجب قتله لقوله ﷺ: «من قتل دون ماله فهو شهيد»(٤) فدل على أن له القتال والقتل وأنه مأمور بذلك وهذا هو الراجح فى الصيال على الغير للقتل أو أخذ المال أو لهما معًا.

---

(١) نهاية المحتاج للرملى ٨/ ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٨ وحاشية الباجورى ٢/ ٣٤٣.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص٥ بتصرف.

(٣) رواه أحمد والترمذى من حديث سعد بن أبى وقاص، التلخيص الحبير ٤/ ٨٤.

(٤) رواه فى السنن الأربعة قاله ابن حجر فى التلخيص ٤/ ٨٤.

أما الصيال لهتك العرض، فالراجح أنه يجب دفعه بالقتل مباشرة ويسقط التدرج فى الدفع كما هو الشأن فى غيره، لأنه فى جريمة هتك العرض مواقع فى كل لحظة فلا يدفع بالأناة، ولأن فاحشة الزنا يتعدى ضررها إلى المرأة وأبيها وأمها وإخوتها وأخواتها وعائلتها، والعار يلحق الأسرة كلها(١).

الفرع الحادى عشر: البغاة: والبغاة جمع باغ، والبغى معناه: الظلم ومجاوزة الحد(٢) سموا بذلك لظلمهم وخروجهم على الإمام العادل وبحيث تكون لهم شوكة ومنعة يمكن معها مقاومة الإمام ولهم تأويل يعتقدون به جواز الخروج كتأويل الخارجين من أهل الجمل وصفين على الإمام على رضي الله عنه بأنه يعرف قتلة عثمان رضي الله عنه، ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم وتأويل بعض مانعى الزكاة من أبى بكر رضي الله عنه بأنهم لا يدفعونها إلا لمن صلاته كانت سكنًا لهم وهو النبى ﷺ، وأن يكون لهم رئيس مطاع فيهم إذ لا قوة لمن لا يجمع كلمتهم مطاع(٣).

وقد أمر الله تعالى بقتال البغاة فقال جل شأنه ﴿**وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ**﴾ (الحجرات: ٩).

ووجه الدلالة أن الله تعالى أوجب دفع البغاة بقوله: ﴿**فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي**﴾ فلو لم يجب دفعهم، وأبيح لكل طائفة أن تهدم ما بناه غيرها لعمت الفوضى، وهذا ضرر والضرر يزال(٤)، وهو من فروض الكفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين، فعلى الإمام أن يقاتلهم بمن فيه الكفاية بعد أن يدعوهم إلى الطاعة والدخول فى صفوف الجماعة، فإن أبوا قوتلوا، ولا يقتل أسيرهم، ولا يتبع مدبرهم، ولا يجهز على جريحهم، ولا تسبى ذراريهم ولا أموالهم(٥)، لأنه ضرر والضرر لا يزال بالضرر.

الفرع الثانى عشر: فسخ النكاح بالعيوب: وهى ثمانية، ثلاثة يشترك فيها الزوجان: الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان بالزوج وهما: الجب والعنة، وثلاثة تختص بالزوجة وهى: الرتق والقرن والعفل(٦).

فلو وجدها الزوج بعد الدخول رتقاء بلحم أو قرناء بعظم أو بها برص أو جذام أو جنون فله الفسخ بهذه العيوب، لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس ويخشى تعديه إلى النفس والنسل، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره، والجب

---

(١) محاضرات فى قواعد الفقه الكلية ص٣٣.
(٢) المعجم الوجيز ص٥٧.
(٣) مغنى المحتاج ٤/ ١٢٣.
(٤) محاضرات فى قواعد الفقه ص٣٣.
(٥) الجامع لأحكام القرآن ٦/ ٣٢٠.
(٦) المغنى لابن قدامة ٦/ ٦٥١.

والرتق يتعذر معهما المباشرة، وكـذلك العنة: فهى عجز يصيب الرجل فلا يقدر على معاشرة المرأة، فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبًا من هذه العيوب فسخ النكاح منعًا للضرر.

وكذلك الإعسار بالنفقة بعد أن يمـهله القاضى ثلاثة أيام يجيز طلب الفسخ لدفع الضرر، لأنه إذا جاز الفـسخ للعجز الجنسى وهى تـعيش بدونه فإنه يجـوز لها بما لا تسـتطيع العيش بدونه وهى النفقة من باب أولى.

وقال أبو حنفية: لا يجوز لها الفسخ بالإعسار فى النفقة بل يأمرها القاضى أن تستدين ثم ترجع عليه إذا أيسر(١).

وأما الإعســار بالصداق، فيجيـز طلب الفسخ قبل الدخول لدفع الـضرر فإذا دخلت ولم يكن قد دفع لها المـهر فلا يجوز لها طلب الفـسخ لأنها سلمت نفسها راضـية فيكون دينًا فى ذمته إلى ميسرة فيجب دفعه.

الفرع الثالث عشر: ما لو أعار أرضًا للزراعة أو آجرها للزراعة كذلك فزرعها المستعير أو المستأجـر ثم رجع المعير أو انتهت مدة الإجـارة قبل أن يستحصد الزرع، فـإنها تترك فى يد المستعير أو المستأجر بأجـر المثل إلى أن يستحصد الزرع، وذلك توقيًا من تضرره بقلع الزرع قبل حصاده وهو بقل.

الفرع الرابع عشر: لو باع لآخر ما يتسارع إليه الفساد وغاب المشترى قبل قبضه وقبل نقد الثمن فـأبطأ، فللبائع بيعه لغـيره توقيًا من تضـرره بفساده ولا يرجع على المشـترى بشىء لو نقص الثمن الثانى عن الأول.

الفرع الخـامس عشر: يجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم، ولم يثبت عليهم جرم معين بطريق قضائى، دفعًا لشرهم، لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون، ويملأون الدنيا فسادًا وأضرارًا ولا يمكن إثبات شىء عليهم بطريق قضائى(٢).

الفرع السـادس عشر: أوجب الفقهاء احترام الحقوق القديمة من منافع ومرافق وتصرفات ولو لم يكن فى أيدى أصحابـها وثائق مثبتـة، لأن فى إزالتها إضرارًا بهم ما لم يثـبت إحداثها بطريق غير مشروع، أو يكون فيها ضرر بحقوق العامة.

الفـرع السـابع عشـر: حبس الموسـر إذا امتنع عن الإنفاق على أولاده أو قـريبه، وجواز ضربه فى الـحبس إذا أصر على الامـتناع، توقيًـا من وقوع الضـرر بأولاده أو أقربائه الفـقراء ببقائهم بلا نفقة(٣).

---

(١) المبسوط ٥/ ١٨٧.

(٢) معين الحكام القسم الثالث فى القضاء بالسياسة الشرعية ص٢١٥، ٢١٨.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم باب القضاء ص٢١٧.

القواعد المتفرعة عن قاعدة: الضرر يزال

١- قاعدة: الضرر لا يزال بالضرر

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعتبر قيدًا لقاعدة: الضرر يزال، فشأنها معها شأن الأخص مع الأعم، لأنه لو أزيل الضرر بالضرر لما صدق الضرر يزال[١].

فالأخص: الضرر لا يزال بالضرر، والأعم: الضرر يزال، فكلما تحقق الأخص: الضرر لا يزال بالضرر، تحقق الأعم: الضرر يزال، فإذا أزيل الضرر بالضرر فالضرر موجود.

ومعنى هذه القاعدة: أن الضرر لا يزال بمثله، ولا بأكثر منه بالأولى بل يشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن، وإلا فبالأخف منه[٢].

قال أستاذنا الدكتور جاد الرب فى بيان معنى القاعدة: والضرر من المعانى الوجدانية، فليس لها حد معين، ولا يقوى عليه أفصح البلغاء[٣].

فروع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطى لهذه القاعدة فروعًا عدة لتكون كالمنهج ليقيس الناس غيرها عليها ومنها:

الفرع الأول: عدم إجبار الشريك على وجوب العمارة:

فإذا كان اثنان يشتركان فى منزل يحتاج إلى عمارة أو ترميم وأحد الشريكين غير مستطيع، فلا يجب إجباره كما هو مذهب الشافعى الجديد، لأن فى إجباره إزالة ضرر أحدهما بضرر الآخر فلم يرتفع الضرر، وحتى لا نقع فى محظور إزالة ضرر بضرر نقول للذى يريد العمارة أنفق وخذ أجرة هذا البيت حتى تستوفى ما أنفقته على العمارة، وهذا يحقق مصلحة الشريكين فالضرر هنا ليس حقيقيًا وإنما هو صورى.

أما المذهب القديم فيجبر الشريك على العمارة دفعًا للضرر الأشد بما هو دونه، من باب ارتكاب أخف الضررين، وهذا هو الذى يتفق مع المقاصد العامة فى الشريعة.

الفرع الثانى: لا يأكل المضر طعام مضطر آخر[٤]، لأن الضرر لا يزال بالضرر فإن كان من معه الطعام مضطرًا إليه فهو أحق به لقوله ﷺ: «ابدأ بنفسك» وثبت فى حديث آخر أن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٥.

(٣) محاضرات فى قواعد الفقه ص٢٢.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٥.

رجلاً جاء إلى النبى فقال: يا رسول الله معى دينار فقال: «أنفقه على نفسك»[(١)] وإذا أخذ المضطر طعام غيره ووجب عليه أن يدفع ثمنه، لأن الضرر لا يزال بالضرر، فإذا تطوع له به فله أخذه بدون ثمن إذا كان فقيراً لأن إطعامه على من قصده.

الفرع الثالث: لا يجوز للمضطر أن يقطع جزءًا من جسم مضطر آخر ليأكله فيدفع به ضرره بضرر غيره، لأن الضرر لا يزال بالضرر، بل يحرم ذلك عليه، ولو من غير معصوم، لأنه إذا كان معصومًا، فإن عصمة بعضه كعصمة كله، وإن كان غير معصوم فيحرم عليه ذلك للتعذيب[(٢)].

وأما قطع ذلك من نفسه، فهو مشروط بأن يكون الخوف من القطع كالخوف من ترك الأكل أو أشد بأن يكون مساويًا للخوف من ترك الأكل أو أكثر، فإن كان دونه فيجوز قطع جزء من نفسه لإبقاء روحه المأمور بالمحافظة عليها، وكذلك إذا انتفى الخوف بالمرة[(٣)].

ويجوز القطع عند التساوى، لأنه إذا تردد الأمر فى أن يأكل بعضه أو يموت فيأكل بعضه لاحتمال النجاة، فلا يكون هذا من إزالة الضرر بالضرر، بل من إزالة ضرر أعظم بارتكاب ضرر أخف[(٤)].

ولما كان الضرر لا يزال بالضرر، فلا يجوز نقل كُلْية شخص إلى شخص آخر مطلقًا بعوض أو بغير عوض، لأن الشخص المأخوذ منه ليس له حق التصرف فى نفسه ولا فى جزء منه، حيث إنه مملوك لله تعالى، فإن فعل فهو آثم إلا فى حدود ضيقة بين الأقارب القريبة على سبيل التبرع وأن يقرر الأطباء عدم حدوث ضرر للشخص المأخوذ منه الكلية، فإذا قرر الأطباء العدول ذلك فلا مانع عند الضرورة القصوى.

الفرع الرابع: لو سقط شخص على جريح فإن استمر قتله وإن انتقل قتل غيره، حيث لا يوجد مكان خال بين الجرحى.

قال الفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة آراء:

الأول: يستمر ولا ينقل إلى غيره، لأن الضرر لا يزال بالضرر.

والثانى: يتخير فيكون له أن يستمر أو ينتقل إلى غيره مطلقًا.

---

(١) رواه الشافعى وأحمد والنسائى وأبو داود وابن حبان والحاكم من حديث أبى هريرة، أخرجه ابن حجر فى التلخيص ٤/ ٩.

(٢) حاشية عميرة على شرح المنهاج ٤/ ٢٦٤، والأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٥.

(٣) حاشية البجيرمى ٤/ ٣٧٣، وروضة الطالبين ٣/ ٢٨٥.

(٤) محاضرات فى الفقه الشافعى للمؤلف ص١٣٩ دار البيان ١٩٩٤م.

والثـــالث: إذا كان المسـقوط عليه أعلى رتبة ومنزلة فى العلم والـتقوى والورع وتناط به المصالح، انتـقل إلى الأقل رتبة وذلك لارتكاب أخف الضررين فإن لم يفـعل كان آثمًا، وإن تساويا استمر على الأول.

وهذه المسألة توقف فيها الإمام الجوينى إمام الحرمين، ولم ينقل عنه فيها حكم.

الفـرع الـخـامس: لو تزوج رجل امرأة فوجـدها ضيقة الفرج، وهو ذو عـبالة بحيث لو جامعهـا أدى إلى إفضائها وأضر بها فليس له الوطء لأن فـيه إزالة ضرر بضرر، إذ هو بالوطء يزيل ضرر بقاء مائه واحتـباسه بضرر المرأة[١] التى تزوجها، فإذا وجـدت المرأة زوجها على نحو يضـرها رفعت أمرها إلى القاضى وطلبت الفـسخ للضرر، وعلى القاضى أن يفـسخ عقد النكاح إذا قرر أهل الخبرة أن بقاء الزوج معها يودى إلى إفضائها، وأهل الخبرة: أربع طبيبات أو قوابل أو طبيبين إذا لم توجد الطبيبات قياسًا على الشهادة.

الفـرع السـادس: إذا اشترى أرضًا وأفلس بالثمن ثم رهن الأرض أو غـرسها أشجارًا، أو بنى عليها دارًا، فإذا قبض المرتهن العين المرهونة، فليس للراهن المفلس الرجوع فى الرهن، لأن الرهن وثيقة عند المرتهن يستوفى دينـه من العين المرهونة عند تعذر الوفاء، لأنه إذا جاز الرجوع نكون قد رفعنا ضرر البائع بضرر المرتهن.

فالحكمة من عدم جـواز الرجوع فى العين المرهونة إذا قبضهـا المرتهن: هى ثبوت الوثائق الشرعية، وذلك هو الحكم فى صورة الغرس أو البناء لا يرجع البائع فى البيع إذا أفلس المشترى بالثمن، لأنه سيلحق ضررًا بالمشترى لضياع قيمة الغرس أو البناء، ويضر أيضًا بالغرماء.

الفروع المستثناة:

يستـثنى من هذه القاعدة ما لو كـان أحد الضررين أعظم فـإنه عندئذ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف ومن الأمثلة ما يأتى:

(أ) القصاص من القاتل: فإن فى قتل القاتل ضررًا ولكن قتله أخف من ضرر تركه حتى لا يشيع القتل فى الأمة، ولا شك أن شيوع القتل أعظم ضررًا من القصاص، بل القصاص فيه حياة، قال تعالى: ﴿**وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**﴾ (البقرة: ١٧٩) وهو تعليل لشرعية القصاص وبيان لحكمه.

فالآية قررت: أن الحياة هى المطلوبة بالذات، وأن القصاص وسيلة من وسائلها، لأن من

---

(١) حاشيـة البجيرمى ٣/ ٣٦٤، والعبالة: كناية عـن ضخامة ذكر الزوج ضخـامة فائقة على غير المـعتاد، المعجم الوجيز ص٤٠٤.

علم أنه إذا قتل نفسًا بغير حق يقتل بها، يرتدع عن القتل فيحفظ الحياة على من أراد قتله وعلى نفسه[١].

واتفق أئمة الفتوى على أنه لا يجوز لأحد أن يقتص من أحد... وإنما ذلك للسلطان أو من نصبه السلطان لذلك فالله تعالى جعل السلطان ليقبض أيدى الناس بعضهم عن بعض[٢].

(ب) الحدود: فالشارع قد وضع الحدود لتأديب الجانى، وكفه عن الجريمة ولولا ذلك لفشت الرذائل فى الناس.

وكل العقوبات التى تنزل على الجانى ضرر واقع عليه لأن الرجم والجلد ضرر، وإجراء حكم الشارع فى قطاع الطريق وقمعهم، وفل شوكتهم ضرر ولكنه ضر أخف، لأنه يتعلق بشخص، ولو لم نقمعه لوجد ضرر عام فوجب أن نقيم الحد وهو مضرة خفيفة لدفع الضرر الأعظم.

وقتل تارك الصلاة ضرر، ولكن الضرر فى عدم قتله أغلظ وأعظم، لأنه يدعو إلى تهاون الناس لترك أهم ركن من أركان الإسلام وهو الصلاة.

(جـ) جواز الحجر على المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس[٣] لأن المفتى الذى لا يخاف الله تعالى ويطلق لسانه بالفتوى دون قيود ولا مراقبة لله عز وجل قد يترتب على فتواه مصائب كثيرة لعامة الناس، فرحمة بهم أجاز العلماء الحجر عليه مراعاة للمصلحة العامة ودفعًا للضرر العام.

وكذلك يحجرعلى الطبيب الجاهل دفعًا للضرر العام لأنه بجهله قد يلحق الضرر بكثير من الناس، فرحمة بهم يحجر عليه وإن كان فى الحجر سوف يترتب عليه ضرر للطبيب الجاهل، والمفتى الماجن والمكارى المفلس، والمكارى المفلس فى الماضى مثل مركز السفريات والنقل فى عصرنا فإنه يحجر على المكارى المفلس وهو مقاول السفريات وإن كان فى الحجر عليه ضرر إلا أنه بالمقارنة بالضرر الذى سيلحق بعامة الناس يجوز الفقهاء الحجر على هؤلاء دفعًا للضرر العام وإن تضرروا بذلك دفعًا لضررهم عن الجماعة فى أرواحهم ودينهم وأموالهم ومن ذلك مكاتب تسفير الحجاج التى انتشرت فى هذا العصر.

(د) ومنها: التسعير عند تعدى أرباب الطعام فى بيعه بغبن فاحش وهذه المسألة يتضرر منها كثير من الناس وخاصة فى أيامنا هذه، فقد تشترى السلعة اليوم بسعر وبعد ساعة واحدة بسعر آخر وما ذلك إلا لجشع بعض التجار الذين نسوا الله فأنساهم أنفسهم فقاموا برفع أسعار

(١) تفسير المنار ٢/ ٢٥٦. (٢) الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٩٦.

(٣) المكارى: هو الشخص الذى يتعاقد مع راغبى السفر لنقلهم أو نقل بضائعهم على دوابه.

أكثر السلع إن لم يكن كلها وليس لهم أى مبرر فيما يفعلون سوى جشعهم وسوء نيتهم، وأكلهم أموال الناس بالباطل، والثراء الفاحش على حساب عامة الناس وغالبيتهم فقراء.

وفى مثل هذه الحالات يتدخل ولى الأمر بتسعير السلع حفاظًا على المصلحة العامة ولوضع حد لهؤلاء التجار والمزايدين والسماسرة الذين فسدت ضمائرهم وساءت أخلاقهم، وخربت ذممهم فلبئس ما يصنعون، وهكذا يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام.

(هـ) وبيع طعام المحتكر جبرًا عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع، دفعًا للضرر العام[١].

(و) الإجبار على قضاء الديون[٢]:

فالمدين القادر يجبر على الوفاء بدينه[٣]، وهو ضرر لأنه فضيحة له على رءوس الأشهاد، ولكن بقاء الدين وهو هم بالليل وذل بالنهار ضرر أعظم فيرتكب الضرر الأخف وهو إجبار المدين لدفع الضرر الأعظم وهو المماطلة التى تسرى بين الناس.

(ز) النفقة الواجبة:

فيلزم الشخص نفقة أصوله، وفروعه، أما الفروع فلقوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ (البقرة: ٢٣٣).

وأما الأصول فبالقياس على الفروع بجامع البعضية بل الأصول أولى، لأن حرمة الوالد أعظم، وأيضا تجب نفقة الحواشى بعضهم على بعض على رأى الحنفية، قال ابن أبى ليلى: تجب النفقة على كل وارث محرمًا كان أو غير محرم[٤]، واستدل بظاهر قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾ (البقرة: ٢٣٣).

والنفقة شاملة للكسوة والسكنى والمأكل والمشرب وذلك بالشروط المعتمدة فى وجوب النفقة، فوجوبها والإجبار على دفعها ضرر على المنفق ولكنه يحتمل لدفع الضرر الأعظم وهو موت المنفق عليه وهلاكه وهو أعظم من الإجبار على النفقة.

(ح) الظفر بالحق:

فمن قدر على استيفاء حق له مضبوط معين فله استيفاؤه[٥] إذا امتنع عن الأداء من عليه الحق، وليس عند صاحب الحق وسيلة من وسائل إثبات هذا الحق تخول له الرفع إلى القاضى.

فإن الأخذ من مال الغير بغير إذنه ضرر، ولكنه يرتكب لدفع الضرر الأعظم، وهو ضياع الدين على صاحبه.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٧، والمدخل الفقهى العام ص٩٨٤.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٦. (٣) أصول الفقه للخضرى ص٢٠٩.
(٤) المبسوط ٥/ ٢٢٣. (٥) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ١/ ١٩٧.

ولهذا أباح الشرع للظافر بحقه أن يأخذه كانتزاع المغصوب من غاصبه والمسروق من سارقه.

ولكن يستثنى من الظفر بالحق القصاص، فإنه لا يستوفى إلا بحضرة الإمام، لأن الانفراد باستيفائه محرك للفتن، وكذلك لا يستوفى حد القذف إلا بحضرة الإمام(١).

(ك) أخذ المضطر طعام الغير:

فيجوز للمضطر أخذ طعام غيره إذا كان ليس مضطرًا إليه، وله قتاله عليه إذا امتنع من بذله له وهو ضرر، ولكن هلاك نفس المضطر ضرر أعظم والشريعة أباحت ذلك للحفاظ على مهجة المضطر من الموت ولكن يلزم المضطر دفع قيمة الطعام، لأن أموال الناس مصونة، ولا تباح إلا بحق.

(م) رمى الكفار:

وإذا تترس الكفار فى الحرب وراء النساء أو الصبيان لكى لا يستطيع المسلمون قتالهم، فيجوز فى هذه الحالة رمى النساء والصبيان وأسرى المسلمين وإن كان فيه ضرر، لأن فى عدم رميهم ضرر أعظم وهو انتصار الكفار، واستيلاؤهم على أرض المسلمين وممتلكاتهم فيرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم.

قال القاضى: يجوز رميهم حال الحرب، لأن تركه يفضى إلى تعطيل الجهاد(٢).

(ن) وقوع شخص فى نار:

فإذا اشتعلت النار فى سفينة وفيها جماعة فلهم أن يظلوا فيها وهو ضرر أعظم، ولهم أن يلقوا بأنفسهم فى الماء وهو ضرر أخف وأهون وقد يكون فى ذلك نجاتهم بأن يوجد من ينقذهم من الغرق، وذلك على فرض أنهم لا يعرفون السباحة، فإن كانوا يعرفونها، فيجب عليهم أن يلقوا بأنفسهم وإلا فهم آثمون، وهذا هو الأصح ومقابل الأصح أنهم لا يلقون بأنفسهم فى الماء، ووجهه أن الموت لا حق بهم وواقع لا محالة فى كلتا الحالتين، وبناء عليه فليس هذا الفرع من القاعدة.

قال أستاذنا الشيخ جاد الرب رحمه الله: إنه يتعين على من شبت فيه النار إلقاء نفسه فى الماء لدفع الضرر الأعظم بالضرر الأخف مطلقًا.

---

(١) المرجع السابق ص١٩٨.

(٢) حاشية النجدى على الروض المربع ٤/ ٢٧١.

قاعدة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تدخل ضمنًا فى قاعدة: الضرر يزال، وقاعدة: الضرر لا يزال بالضرر، وهى قاعدة مهمة مبنية على مقاصد الشريعة فى مصالح العباد، واستخرجها المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص.

فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنـفسهم وعقولهم، وأنسابهم وأموالهم، فكل ما يؤدى إلى الإخلال بواحد منها فـهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن، وفى سبـيل تأييد مقاصد الشريعة، يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص.

ولهذه الحكمة شرع حـد القطع حماية للأموال، وقتل الساحر المـضر، والكافر المضل، لأن أحدهما يفتـن الناس والآخر يدعوهم إلى الكفر، فيتـحمل الضرر الأخص ويرتكب لدفع الضرر الأعم.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع كثيرة منها:

وجوب قتل قـاطع الطريق إذا قتل بأى كيفية وبـدون قبول عفو عنه من ولى القتـيل دفعًا للضـرر العـام، ووجـوب قـتل كل مـؤذ لا يندفع أذاه إلا بالقـتل، كـمـا أفـتى بذلك بعض المتـأخرين، ووجوب نقض الحـائط المتوهن إذا كان فى الطـريق دفعًا للضرر العـام، وجواز التسعـير إذا تعدى التجار فـى بيعهم بالغبن الفاحش دفـعًا للضرر العام، وجـواز الحجر على الطبيب الجاهل، دفعًا للضرر العام[1]، وبيع الفاضل من طعام المحتكر عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة وجواز الحجر على المفتى الماجن، حرصًا على دين الناس.

وجواز قتل الكفـار، إذا تترسوا بصبيـان المسلمين[2]، وجواز الحـجر على السفـيه عند الصاحبيـن دفعًا للضرر العام، وبيع مال المـديون المجوس لقضاء دينه دفعًـا للضرر العام عن الغرماء وهو المعتمد.

وبناء على ما تقـدم فإنه إذا وجدت المصلحـة العامة والمصلحـة الخاصة فإن المـصلحة العامة هى المقدمة مثل القيام بشق طريق أو جسـر لمصلحة العامة، فقد يوجد عمارة لشخص «ما» كما هو حاصل ومشاهد فى المدن وغيـرها أثناء تسيير طريق لمترو الأنفاق فمن أجل دفع الضرر العام يتحمل الضر الخاص، وقد أزيلت عمارات يملكها أشخاص دفعًا للضرر العام.

ومثل هذا كـثير وواقع ومـشاهد فى كل العـصور والأزمان وهو أن الضـرر الذى سيلحق بعامة الناس يدفع بارتكاب الضرر الخاص.

---

(١) شرح القواعد الفقهية ص١٤٣، ١٤٤.

(٢) الأشباه لابن نجيم ص٨٧.

٣- قاعدة: درء المفاسد أولى من جلب المصالح

معنى القاعدة:

درء المفاسد معناه رفعها وإزالتها، فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة فدفع المفسدة مقدم فى الغالب إلا أن تكون المفسـدة مغلوبة، لأن اعتناء الشرع بترك المنهيـات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات، لما يترتب على المناهى من الضرر المنافى لحكمة الشارع فى النهى.

دليل القاعدة:

استدل العلماء لهـذه القاعدة بقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فـأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شىء فاجتنبوه»[١].

ومن ثم سومح فى ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة كالقيام فى الصلاة والفطر والطهارة، ولم يسامح فى الإقدام على المنهيات وخصوصًا الكبائر[٢].

،مثل هذه القاعدة قاعدة: «إذا تعارض المانع والمـقتضى قدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم»[٣].

والمراد بالمقتضى هنها: الأمر الطالب للفـعل فوجود المانع يمنع من الفعل غالبًا، وهذا من باب تغليب جـانب الحـرمة عـلى جانب الحل، بنـاء على قاعـدة: «إذا اجـتمع الحـلال والحرام، أو المـبيح والمـحرم غلب الحرام، لأنه فـى تغليب الحرمة درء مـفسـدة، وتقديم المـانع، ومن ثم إذا تعارض دليل يقـتضى التـحريم وآخـر يقتـضى الإباحة، قـدم الحظر فى الأصح تغليبًا للتحريم ودرءًا للمفسدة[٤].

فروع القاعدة:

من فروع هذه القاعدة ما يلى:

(أ) إذا وجب على المرأة غسل، ولـم تجد سترة من الرجال تؤخـر الغسل، لأن كشف المرأة على الرجل مفسدة عظيمة.

---

(١) رواه النسائى فى باب وجـوب الحج بلفظ: «إذا أمرتكم بالشىء» ورواه ابـن ماجه بلفظ: «فـخذوا منه» والسنن الكبرى للبيهقى ٤/ ٤٢٦ بيروت لبنان ١٤١٣/ ١٩٩٢م.

(٢) الأشباه لابن نجيم ص٩٠.

(٣) قواعد الزركشى حرف التاء مجلة الأحكام العدليـة المادة: ٤٦ المدخل الفقهى العام للزرقا فقرة ٥٩٥، أشباه السيوطى ص٧٤.

(٤) قواعد الزركشى حرف الهمزة.

(ب) تمنع التجـارة فى المحـرمات من خمـر ومخدرات، وخنزيـر، ولو أن فيهـا أرباحًا ومنافع اقتصادية هائلة.

(جـ) لو اشتـبهت امـرأة محرَّمـة على رجل بأجنبيـات محصـورات، لم يحل له الزواج بإحداهن.

(د) لو اختلطت ميتة بمذكاة أو بعشر مذكيات فهذه شبهة يجب اجتنابها بالإجماع، لأنه لا مجال للاجتهاد(١).

(هـ) إذا أرسل كلبه المعلم وشاركه كلب غير معلم فى الصيد حرم أكل الصيد بهما، ولو شارك من تحل ذبيحته كمسلم من لا تحل ذبيحته كمجوسى حرم المذبوح تغليبًا للتحريم(٢).

(ز) لو اختلطت زوجته بغيرها فليس له الوطء بالاجتهاد.

المستثنيات من القاعدة:

يستثنى من القاعدة فروع وهى:

(أ) لو رمى سهمًـا على طائر فجرحه ووقع على الأرض فـمات، فإنه يحل، وإن أمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض، لأن ذلك لا بد منه فعفى عنه.

(ب) جواز مـعاملة من أكثر مـاله حرام، إذا لم يعرف عـينه لا يحرم فى الأصح، ولكن يكره، وتشتد الكراهة بكثرة الحرام(٣)، وتخف بكثرة الحلال.

(ج) جواز مس كتب التفسير والحديث للمحدث سواء كان الأكثر تفسيرًا أو قرآنًا.

(د) لو جمع فى عقد واحد بين من تحل له ومن لا تحل كمن يجمع بين مسلمة ووثنية أو أجنبيه ومحْرَم جاز العقد فيمن تحل وبطل فى غيرها لأن لكل واحدة حكمها المستقل بها.

(هـ) إذا اختلط الواجب بالمـحرم، فتـراعى مصلحة الواجب كـاختلاط موتى المـسلمين بالكفار، يجب غسل الجميع نظرا لإقامة مصلحـة ذلك فى حق المسلمين خاصة، ويميز بالنية بينهما.

والدليل لذلك أن النبى ﷺ مر بمـجلس فيه أخلاط من المـسلمين والمشركـين فسلم عليهم(٤).

(ز) وجوب هجرة المرأة من بلاد الكفار وإن كان سفرها وحدها حرامًا(٥).

---

(١) إحياء علوم الدين للغزالى ٥/ ٨٢٩ طبع الشعب.

(٢) محاضرات فى الفقه الشافعى للمؤلف طبع دار البيان ص٢٧.

(٣) قواعد الأحكام ١/ ٨٥.

(٤) الحديث مـتفق عليه من رواية أسامـة ؓ رياض الصالحين للنووى ص٣٦٢ باب تحريم ابتـداء الكافر بالسلام وكيفية الرد عليهم واستحباب السلام على أهل مجلس فيهم مسلمون وكفار.

(٥) قواعد الزركشى حرف الهمزة.

٤- قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الممنوع شرعًا يباح عند الضرورة، وهى شدة الجوع بحيث إذا لم يتناول الممنوع هلك، ففى هذه الحالة يجوز الأكل من الميتة، ويكون بقدر سد الرمق، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

فالأكل من الميتة محظور، ولكن إبقاء مهجة الإنسان عند المخمصة ضرورة أقوى من المحظور فيباح المحظور لأجل الضرورة، فيجب الأكل لإبقاء روح المضطر، فلو لم تبح الضرورات لما تحقق الضرر يزال فبان ارتباط هذه القاعدة بقاعدة: الضرر يزال، وقاعدة: المشقة تجلب التيسير.

والضرورات، جمع ضرورة، مأخوذة من الاضطرار، وهو الحاجة الشديدة، والمحظورات جمع محظور وهو الحرام المنهى عن فعله.

دليل القاعدة:

أصل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (الأنعام: ١١٩).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها دلت على أن الأصل فى الأشياء والأطعمة الإباحة، وأنه إذا لم يرد الشرع بتحريم شىء منها فإنه باق على الإباحة فما سكت عنه فهو حلال، لأن الحرام قد فصله الله، فما لم يفصله الله، فليس بحرام، ومع ذلك فالحرام الذى قد فصله الله، وأوضحه، قد أباحه عند الضرورة والمخمصة[١]، كما قال تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (المائدة: ٣).

فروع القاعدة:

هذه القاعدة يندرج تحتها فروع عدة، وهى كثيرة ومن أهمها:

الفرع الأول: إساغة اللقمة بالخمر:

فلو أن رجلا وقفت لقمة فى بلعومه، ولم يجد ماء ووجد خمرًا فعليه لزامًا أن يشرب الخمر بقدر إساغة اللقمة دون أن يتجاوز الشرب مختارًا بعد الإساغة، وإلا كان شاربًا للخمر ويقام عليه الحد، فلو لم نبح له شرب الخمر لهلك، وهذا ضرر، والضرر يزال.

فالضرورة هنا وجود الغصة، والمحظور هو إساغة اللقمة بالخمر وهو حرام وإنما أبيح

(١) تيسير الكريم الرحمن فى تفسير كلام المنان لعبد الرحمن ناصر السعدى ٢/ ٤٦٣، ٤٦٤.

للضرورة، فلو وجد غيره فلا يجـوز، ويكفى أن يغلب على ظنه حدوث ضرر فى نفسه أو ماله لا يحتمل.

الفرع الثانى: التلفظ بكلمة الكفر للإكراه:

فلو أن شخصًـا أكره على التلفظ بكلمة الكفـر، فلا إثم عليه إذا خشى على نفـسه القتل مادام قلبه مطمئنا بـالإيمان لقوله تعالى: ﴿**مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ**﴾ (النحل: ١٠٦).

ووجـه الدلالة من الآية أن حفـظ المهج والأرواح أكـمل من مـفسـدة التلفظ بكلمـة لا يعتقدها الجنان وهو القلب فيجوز له التلفظ بكلمة الكفر على سبيل الرخصة لوقاية النفس من الهلاك ولـكنه لو صبر ولـم يتلفظ بها لكان أفـضل عاقـبة من أجل إعزاز الـدين وإجلال رب العالمين[١].

ولما جاء فى الأثر عن النبى ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» فإن هذا الخبر وإن لم يصح سنده، فإن معناه صحيح باتفاق العلماء[٢].

فالإكراه ضرورة، وإباحـة الشارع التلفظ بكلمة الكفر رخصة لدفع الضرر عـملاً بقاعدة: الضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة: الضرر يزال.

الفرع الثالث: إتلاف بعض المال:

ويتصور ذلـك إذا كانت سفينة مـحملة بالبضائع ثم أوشكت على الـغرق ولا خلاص إلا بإلقاء بعض ما فيها من البضـائع فيرتكب الضرر الأخف، وهو إتلاف بعض المال لدفع الضرر الأعظم، وهو إتلاف المال كله.

وكذلك إذا كانت سفـينة محملة بالناس، فيجوز إلقـاء البعض من الناس حتى يسلم الكل دفعًا للضرر الأعظم بالضرر الأخف.

فـالضرورة هنا المـحافظـة على الكل والمحظور إتلاف الـبعض والقـاعدة فى مـثل هذه الحالات أنه يرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم فى كل شىء.

الفرع الرابع: الحرام إذا عم وانتشر:

فإذا عم الحرام وانتـشر فى القطر كله[٣]، بحيث لم يوجد فيـه طعام حلال إلا نادرًا فله

---

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ١/ ٩٩.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبى ١٠/ ١٨١.

(٣) القطر: هو الناحية، ويطلق على جملة من البلاد، المعجم الوجيز ص٥٠٦.

أخذ ما يحتاج إليه، ولا يقتصر على قدر الضرورة[١]، قال الإمام الرازى الشافعى: ولا يتوسع فى المآكل والمشارب، كما يتوسع فى الحلال، بل يقتصر على قدر الحاجة دون أكل الطيبات وما لذ وطاب من الكماليات حذرًا من الوقوع فى الحرام، فلا يقتصر على قدر الضرورة ولا يرتفع إلى الكماليات وإنما يحيا حياة عادية بقدر الحاجة.

قال الإمام السيوطى: لا يقتصر على قدر الضرورة، بل يأخذ ما يسد حاجته وفى ذلك سر عظيم، لأنه لو عم الحرام، ومنعنا الناس من الأكل منه لأوقعنا بهم مشقات عظيمة فى المأكل والملبس والمشرب وغيرها، ولأنه لو اقتصر عليها لأدى إلى ضعف العباد، واستيلاء أهل الكفر والعناد على بلاد المسلمين.

والمشقات إذا تنوعت نزلت منزلة الضرورات، فتأخذ حكمها، إذا عم الحرام، أما إذا وجد الحرام فى بعض البلاد، ووجد فى البعض الآخر حلال فإنه من الأحوط دينا، أن يتناول المسلم من البلاد التى فيها طعام حلال، ويكلف الذهاب إليها، ولا يجوز له أن يتعاطى من بلده التى عم فيها الحرام.

وخلاصة القول: أن المسلم له أن يأخذ بقدر الحاجة من المال الحرام إذا توقع معرفة صاحبه فى المستقبل، أما إذا لم يعرف فالمال حينئذ للمصالح لأن من جملة بيت المال، المال الذى جهل مالكه، وإذا صار هذا المال من جملة مال المسلمين، فلا يكون حرامًا، لأن كل إنسان له حق فيه[٢]، وهذه شبهة تدرأ عنه صفة الحرام، فيكون حلالاً.

ومثل هذا تمامًا ينطبق على طالب العمل فى وظيفة، فإنه لا يجوز لمسلم أن يتوظف فى مكان يحرم العمل فيه إلا لضرورة مثل الخمارات والمراقص والملاهى وغيرها من أماكن اللهو والمؤسسات المعادية للمسلمين ومنها البنوك التى تتعامل بالربا وكل البنوك تتعامل بالربا.

الفرع الخامس: إتلاف شجر الكفار وبنائهم:

فإنه فى حالة الحرب الدائرة بين المسلمين والكفار يجب إتلاف شجر الكفار وبنائهم ومعداتهم الحربية التى يتسلحون بها لحاجة القتال والظفر بهم وكسر شوكتهم ورد كيدهم فى نحورهم، لأن رسول الله ﷺ قطع كروم أهل الطائف، ونصب عليهم المنجنيق[٣].

وارتباط الفرع بالقاعدة واضح من حيث إننا إذا لم نتلف بعض الشجر وبعض المنازل

---

(١) حاشية البجيرمى ٣/ ٢٤٠.

(٢) قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام ٢/ ١٨٨ بتصرف.

(٣) المنجنيق: آلة قديمة من آلات الحرب وعند حصار المدن كانت ترمى بها حجارة ثقيلة على الأسوار فتهدمها، المعجم الوجيز مادة مجنق ص٥٧٣.

ونقتل بعض الأعـداء، ما كان لنا أن نظفر بهم، وننتـصر عليهم، ومعلوم أن إتـلاف شجرهم وغيره محظور، وإنما وجب لأجل الضرورة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

الفرع السادس: نبش قبر الميت:

فإذا دفن الميت بلا غسل، أو وضع فى قبره لغيـر جهة القبلة أو كفن فى ثوب مغصوب، فيباح نبشه للضرورة، بل يكون النبش واجبًا لتخليص الميت من الحرام.

والمحظور هنا هو نبش القبر الذى دفن فيه الميت، والضرورة دفن الميت بلا غسل أو فى ثوب مغصوب أو أرض مغصوبة أو كان إلى غير القبلة.

وقال الحنفية بعدم نبش القبر إذا دفن بغير تكفـين، لأن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذى قام الستر بالتراب مقامه.

وقالوا: لو دفن بلا غسل، أو بـغير صلاة الجنازة عليه، وأهيل عليـه التراب، صلى على قبره ولا يخرج من قبره[١].

ولكن أجاز بعض الحنفيـة نبش القبر إذا دفن لغير القبلة أو فى أرض مـغصوبة، أو ثوب مغصوب بشرط عدم تحلل الجثة بعد الدفن.

الفرع السابع: المحافظة على حياة الحيوان:

فإذا جـرح حيوان محـترم، واحتاج الجـرح لخياطة، فيـباح ذلك بخيط مغـصوب لدفع الضرورة، فالضرورة هى المـحافظة على حياة الحيوان، والمحظـور هو غصب الخيط، فأبيح المحظور لدفع الضرورة، وإلا لبقيت الأضرار.

لكن بشرط عدم نقصان الضرورات عن المـحظورات، فإذا نقصت الضرورة عن المحظور فلا يرتكب المـحظور، وكذلك إذا كانـت الضرورة مساويـة للمحظور، فلو أن شخـصًا هدد شخصًا آخر بالقتل مثلاً ليقتل، فليس له أن يوقع القتل تحت ضغط الإكراه، لأن الضرورة هنا مساوية للمحظور بل يكون على من أكره على القتل أن يصبر فذلك خير له من ارتكاب جريمة القتل، لأنه إذا قـتل نفسًـا بغير حق ولو تحت الإكـراه التام باء بالإثم، وينفـذ فيه القـصاص لإجماع العلماء على تحريم القتل، واختلافهم فى الاستسلام للقتل[٢].

ومثل ذلك الإكراه عـلى الزنا، فلو أن شخصًا أكـره شخصًا آخر على الـزنا فلا يجوز أن يرتكب الزنا بحجة الإكـراه ولا يحل له مع الإكراه، لاشتمال الـزنا على محظورات عدة وهى بذلك أعظم من ضرورة الإكـراه، لأن الزنا يلحق العار بالمزنى بها وبأمـها وبأبيها وعـائلتها،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٦.

(٢) قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام ١/ ٩٣ بتصرف.

وفى هذا ضياع لشرف أسـرة بأكملها، فالضرورة هنا لا تبيح المـحظور لاختلال الشرط، وهو نقصان الضرورة عن المحظور، وهذه وجهة نظر قوية، فإذا نقصت فإنه لا يباح المحظور[١].

٥- قاعدة: ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها

معنى القاعدة:

هذه القاعـدة معناها، أن الشىء الذى يباح بناء على الضـرورة يكون بالقدر الكافى لإزالة الضرورة فقط، ولا يجوز استباحة ما هو أكثر مما تزول به الضرورة[٢].

وقد وضعت هذه القاعدة للتنبيه على أن المحظورات إنما يرخص منها بالقدر الذى تندفع به الضرورة، فـإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتـوسع فى المحظور، بل يقتـصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط.

وهذه القاعدة مرتبطة بالقاعدة الأم: «الضـرر يزال» ولها ارتباط بقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» فمضمون القاعدة هذه أن الضرورات تبيح المحظورات مطلقًا، فجاءت القاعدة: «ما أبيح للـضرورة يقدر بقـدرها» للتنبيـه على أن الضرورات تبـيح المحظورات بشـرط عدم نقصـانها عنهـا، أى لا بد أن تقدر الضرورة بـقدرها، وما زاد على قـدر الضرورة فـباق على الحظر.

والضرورة هى العذر الذى يجوز بسببه فعل الشىء الممنوع[٣]، والمحظور هو ارتكاب ما نهى الله عنه فى الظروف العادية.

دليل القاعدة:

الأصل الذى تثبت به هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾ (الأنعام: ١٤٥) وقوله تـعالى: ﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾ (المائدة: ٣).

فقد حرم الله الأكل من الميتة إلا عند الضرورة، فيباح الأكل على مقدار سد الرمق، لأن ما بعد سـد الرمق غير مضطر إليه، فلا يـباح، ولا فرق فى المحرم بين المأكـول والمشروب لكن إذا كان المشروب مسكرًا، واضطر إليه فلا يبـاح شربه، لأنه لو شربه لعطش، فهو حينئذ لا يزيل العطش بل يثيره، ما لم يغص بلقمة ولم يجد غير المسكر، فله أن يسيغها به.

وارتباط هذه القاعدة، بالقاعـدة الأم: الضرر يزال، ظاهر وقوى من حيث إننا لو لم نقدر

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٨٥.
(٢) درر الحكام: ٣٤.
(٣) درر الحكام ص٣٤، والأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٣.

الضرورة بقدرها، وقع الضرر، لأن مجاوزة القدر المطلوب لإزالة الضرورة وقوع فى الحرام، وهو ضرر فلا يتحقق (الضرر يزال) إلا إذا أزيل بقدره، فما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع عدة، وهى تدور حول جواز إباحة المحظور، وأن يكون بقدر الضرورة وهى مرتَّبة على النحو التالى:

الفرع الأول: الاستشارة فى الخاطب:

فإذا استشير إنسـان فى خاطب لمعرفة مدى صلاحيته، فإن كـان غير صالح لمن يخطبها وليس أهلاً للزواج منها اكتفى بالتعريض، ولا يعدل عنه إلى التـصريح، إلا إذا كان المستشير لا يفهم بالتعريض فإنه يصرح بالقدر الضرورى الذى يفهم به، والتعريض، ما يفهم من عرض الكلام وفحواه، وكل ما تكون دلالته على المراد بالإشارة، فهو من التعريض.

فالضـرورة هنا معرفـة صلاحيـة الخاطب، فإذا فـهم المسـتشيـر بالتعريض، فـلا يجوز للمستـشار التـصريح بمـا فى الخاطب من عـيوب، لأن ذلك يوقـعه فى أعـراض الناس بلا ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

أما إذا كـان لا يفهم إلا بالتـصريح، فيـجوز التـصريح فى تلك الحالـة للضرورة، ومن التعريض أن يقول: هذا الخاطب لا يصلح لكم، والله يكرمكم بغيره.

ولهذا قالوا: إن فى المعاريض لمندوحة عن الكذب.

الفرع الثانى: أخذ نبات الحرم:

الحرم يشمل حـرم مكة والمدينة، فقد حرم الله قطع نبات حـرم مكة والمدينة، لما روى أن رسول الله ﷺ قال: «إن إبراهيم عليـه السلام حرم مكة ودعا لهـا، وإنى حرمت المدينة كما حرم إبراهيم مكة» وفى رواية «اللهم بارك فى مدها وصاعـها، فلا يصاد صيدها ولا يقطع شجرها إلا لعلف»[(١)] فقد حرم رسول الله ﷺ المدينة كما حرم إبراهيم الخليل عليه السلام مكة فى تحريم قطع شجر الحرمين الشريفين.

والمراد: النهى عن قطع ما ينبته الله تعـالى من الشجر من غير صنع آدمى، إلا لضرورة، فإن كانت هناك ضرورة، فيجوز قطعه، ومـنها علف البهائم لأنه لو لم يؤخذ لهلكت حيوانات الحرم وهذه ضرورة ومن ثم فـلا يجوز قطعه لبيعه، لأنه لا ضرورة فى الـبيع والضرورة تقدر بقدرها.

لما رواه البـخارى، عن ابن عبـاس رضي الله عنهما قال: قال رسـول الله ﷺ يوم فتح مكة: «إن

(١) انظر: نيل الأوطار للشوكانى ٥/ ٣٥.

هذا البلد حرام، لا يعضد شوكه ولا يختلى خلاه أى لا يقطع الرطب من النبات، ولا ينفر صيده، ولا تلتقط لقيطته إلا لمعرف» فقال العباس: إلا الإذخر فإنه لا بد منه لبيوتنا وقبورنا، فقال: إلا الإذخر» والإذخر نبات طيب الرائحة، فأجيز قطعه لضرورة وحاجة الناس إليه.

الفرع الثالث: أخذ الطعام فى دار الحرب:

دار الحرب هى التى استولى عليها الكفار، وأصبحت تحت سلطانهم ولو كان بها مسلمون، والمراد بالطعام: كل ما هو مأكول، سواء كان اقتياتًا أو تفكهًا أو تداويًا، فيجوز للمحارب أن يأخذ من الطعام فى دار الحرب بقدر ما تدعو إليه الحاجة، فالحاجة فى مثل هذه الحالة تنزل منزلة الضرورة لأن الاقتصار على حد الضرورة فيه مشقة عظيمة، ومن ثم فله أن يأخذ من الطعام بقدر الحاجة قبل قسمة ما غنموه من دار الحرب تشجيعًا له على الحرب، ولئلا يهلك جوعًا أو عطشًا من باب التيسير على المسلم.

أما ما زاد على قدر الحاجة فلا يحل له، لأن ما زاد عن الحاجة يحرم أخذه، وإذا وصل عمران دار الإسلام امتنع من ذلك، وإذا كان معه بقية من طعام ردها(١).

لما روى عن زيد بن خالد الجهنى ﷺ: «أن رجلاً من أصحاب النبى ﷺ توفى يوم خيبر، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «صلوا على صاحبكم» فتغيرت وجوه الناس لذلك، فقال ﷺ: «إن صاحبكم غلَّ فى سبيل الله ففتشنا متاعه فوجدنا خرزاً من خرز يهود لا يساوى درهمين»(٢).

الفرع الرابع: مداواة الرجل المرأة:

فإن الطبيب يجوز أن يداوى المرأة ولو كانت أجنبية وأن ينظر من العورة بقدر الحاجة، فلا يجوز له أن يكشف من جسدها إلا بقدر ما يلزم للعلاج من سائر الأمراض، فإذا كشف ما يزيد عن مقدار الضرورة كان آثمًا، وتكون المرأة آثمة هى الأخرى إذا كشفت عما يزيد على قدر الضرورة، إذ لو زيد على قدر الضرورة لما صدق (الضرر يزال) ولما رفعناه.

وهذا إذا عدمت الطبيبة، بأن لم تكن طبيبة أو كانت ولكن فى غير التخصص، فإذا وجدت طبيبة فى نفس التخصص فتقدم على الطبيب، ولو كان أمهر منها فى الطب، لأنها ضرورة والضرورة تقدر بقدرها.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٤، والجامع لأحكام القرآن ٤/ ٢٥٨.

(٢) أخرجه الموطأ وأبو داود والنسائى راجع: الموطأ ٢/ ٤٥٨ فى الجهاد باب ما جاء فى الغلول، وأبو داود رقم ٢٧١٠ فى الجهاد باب تعظيم الغلول، والنسائى فى الجنائز باب الصلاة على من غل، وأخرجه ابن ماجه رقم ٢٨٤٨، فى الجهاد باب الغلول.

وخرج بالأجنبية المحرم، فإنه يراعى مـا يحل له النظر إليه ويقف عند حد الضرورة فيما لا يجوز.

الفرع الخامس: تعدد الجمعة:

من شرائط صحة الجـمعة أن لا تتعدد الجمعة فى بلد واحـد طالما كان ذلك ممكنًا، بل يجب أن يجتمع أهل البلدة الواحدة فى مكان واحد، فإن كثر الناس وضاق المكان الواحد عن استيعابهم جاز التعدد بقدر الحاجة فقط.

فلو تعددت الجمعـات فى البلدة الواحدة بدون حاجة لم يصح منها إلا أسبقـها، والعبرة بالسبق البداءة لا الانتهاء، فالجمعة التى بدأ إمامها بالصـلاة قبلاً هى الجمعة الصحيحة ويعتبر أصحاب الجمعات الأخـرى مقصرين إذا انفردوا بجمعات متعددة، ولم يلتـقوا جميعًا فى أول جمعة بدأت فى البلدة فتكون جمعاتهم لذلك باطلة ويصلون مكانها ظهرًا.

وبناء على هذا فيـجوز تعدد الجـمعة لعـسر الاجتـماع فى مكان واحد بقـدر ما تندفع به الحاجة، فلو اندفعت بجمعتين لم تجز الثالثة.

والقول بجواز تعدد الجمعة ليس خاصًا بالشافعية وحدهم بل قال به الأئمة جميعًا، وذلك لأن جواز التعدد ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

والعيد حكمـه حكم الجمعة، فإذا تعددت الجـمعة لغير ضرورة ولم تعلم السـابقة فالكل باطل، ويستـأنفون جمـعة جديدة فى مكان واحـد، إن أمكن ذلك واتسع الوقت، وإلا صلى الجميع ظهرًا جبرًا للخلل، وتداركًا للبطلان.

ولذلك فإن الشـافعية يصلون الظهـر بعد الجمعـة، احتياطًا لاحـتمال أن تكون جمـعتهم باطلة، أما فى زماننا هذا فـإن التعدد دائمًا لحاجـة، والمسلم إذا أدرك الجمعة فى أى مـسجد صلى وهو مطمئن على أن جمعته وقعت موقعها الصحيح، وأديت كما طلبها الله تعالى.

الفرع السادس: يعفى عن محل الاستجمار:

الاستنجاء إزالة الخارج من قبل أو دبر بماء، والاستجمار لا يكون إلا بالحجارة، ويجوز الاستجمار بالـحجر مع وجود الماء، وهو يزيل عين النجاسة ولا يزيل أثرهـا، وأما الماء فهو يزيل العين والأثر معًا، وقـد عفى عن محل استجماره، لأنه معـفو عنه للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها ولكن إذا حمل المصلى مستجمرًا بطلت صلاته لأن هذا تجاوز عن حد الضرورة فلا يعفى عنه.

قال السـيوطى: «ويعفى عن مـحل استجمـاره، ولو حمل مسـتجمـرًا فى الصلاة بطلت

صلاته»[١] وإنما عفى فى الاستجمار لتكرر النجاسة على المحل المعتاد ويكفى فى زوالها غلبة الظن، لأن اعتبار اليقين هنا حرج، وهو منتف شرعًا[٢].

الفرع السابع: وجود الطحلب فى الماء:

إذا تغير الماء بما يشق صون الماء عنه مما تلقيه الريح أو السيول من تبن وورق شجر وما يجرى عليه الماء من الكبريت والقار وما قد يوجد فى الماء من الطحلب[٣].

فيعفى عنه ولو تغير به الماء ولا يضره، لعدم إمكان التحرز منه فلا يسلبه الطهورية لأن وجوده ضرورة من ضرورات الماء، ويندر أن يوجد ماء من غير طحلب، أما لو أخذه إنسان وطرحه فى الماء وتغير به ضر ولا يجوز الوضوء منه، لأنه تجاوز حد الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

وعليه فلو تغير الماء داخل المواسير، فلا يجوز استعماله فى الطهارة، لأن وجوده متغيراً داخل المواسير نادر غير مستديم، والنادر لا يتعلق به حكم.

الفرع الثامن: وضع الجبيرة:

أباح الشارع المسح على الجبيرة[٤] بالماء حتى ينجبر الكسر، فإذا كانت الجبيرة لا تستمسك إلا بشىء من الصحيح فذلك جائز، أما إذا أخذت من الصحيح أكثر من قدر الاستمساك، فيجب على واضع الجبيرة القضاء وإعادة ما صلاه لتجاوز الجبيرة عن القدر المسموح به من الصحيح فإذا أراد التطهير فيجب عليه أن يغسل الصحيح ويتيمم عن الجريح ويمسح على الجبيرة أو العصابة كلها وهذا عند الشافعية.

وأما الحنفية: فيقيمون المسح على الجبيرة مقام الغسل فيغسل الصحيح ويمسح الساتر، وإذا كانت العلة فى الوجه واليدين وجبت الإعادة مطلقًا.

وهذا الفرع مرتبط بالقاعدة حيث إن الجبيرة لم تأخذ إلا ما لا بد منه للاستمساك وهو القدر الذى تقضى به الضرورة.

الفرع التاسع: اقتناء الكلاب للصيد:

قد أجاز الشارع اقتناء الكلاب للحراسة، أو الصيد أو للتعرف على المجرمين عن طريق الكلاب البوليسية المدربة للضرورة وهى تقدر بقدرها، فالذى لا يحتاج إلا لكلب لا يجوز له

---

(١) الأشباه والنظائر ص٩٤.

(٢) حاشية الروض المربع ١/ ١٤٤.

(٣) الطحلب بفتح اللام وضمها هو شىء أخضر لزج يعلو الماء، المصباح المنير ص٤٣٧.

(٤) الجبيرة: هى أخشاب تسوى وتشد فوق موضع الكسر لينجبر.

أن يقتنى أكثر منه، فـإذا كانت الضرورة تقضى باقتناء اثنين فلا يأخذ أكـثر منهما لأنه أزيد من الضرورة، والزيادة لا تحل، لأن الضرورة شرطها أن تقدر بقدرها.

فالأصل هو المنع لمـا روى أن الملائكة لا تدخل بيتًا فـيه كلب[١] أو صورة فـقد سـأل النبى ﷺ جبريل عند ذلك فـقال: لقد منعنا أن ندخل بيتا فيـه كلب أو صورة ولكن جاءت حاجات الناس الداعية إلى اقتنائها فكانت الإباحة بقدر الضرورة.

مستثنيات القاعدة:

استثنى من هذه القاعدة ثلاث صور وهى:

الأول: العرايا:

العرايا: جمع عرية، وهى ما يعيره صاحب البستان لغيره من الفقراء رطبًا، ولها تفسيرات كثيرة عند الفقهاء، فهى إنما أبيحت للـفقراء، ثم جازت للأغنياء أى أن العرايا لم يقتصر الأمر فيها عـلى قدر الضرورة وهى إطعام الفقراء بل تجـاوزتها إلى الأغنياء[٢]، وهـذا هو الأصـح وعلى هذا لا يكون الفرع من القاعدة لأنه لم يأخذ حكمها، لأن الضرورة لم تقدر بقدرها.

أما مقابل الأصح، فلا يجوز للأغنياء وقـوفًا على قدر الضرورة، لأن العرايا ربما أبيحت للضرورة فلا تتعـداها إلى غير الفقراء وهم الأغنياء، لأن عندهم مال يستطيـعون أن يشتروا به بخلاف الفقراء.

ويرد على مقابل الأصح بأن الحكم وإن كان قد ورد فى الفقراء إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

فعلى الأصح يكون الفرع قد أخذ حكمًا غير حكم القاعدة فيكون مستثنى منها وعلى مقابل الأصح يكون حكم الفرع هو حكم القاعدة لأنه لم يخرج عنها ولم يأخذ حكمًا غير حكمها.

الصورة الثانية: الخلع:

تعريفـه: الخلع لغة مشـتق من خلع الثوب إذا أزاله، لأن المـرأة لباس الرجل، والرجل لباس لها قال تعالى: ﴿ **هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ** ﴾ (البقرة: ١٨٧) فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه عنه، ويسمى خلع المرأة الفداء لأنها تفتدى نفسها بما تبذله لزوجها.

وشرعًا: فراق الرجل زوجته ببدل، راجع لجهة الزوج[٣].

والأصل فيه أن يكون من المرأة لـزوجها، فإذا خالعت المرأة زوجهـا فالضرورة هنا تقدر

---

(١) سنن الدرامى باب لا تدخل الملائكة بيتًا فيه تصاوير ولا كلب ولا جنب ٢/ ٢٨٤.

(٢) المنهاج والسراج ص٢٠١ وما بعدها.

(٣) حاشية البجيرمى ٣/ ٤١٠، فقة السنة ٢/ ٣.

بقدرها، لأن المرأة إنما تخالع زوجها للخوف من عـدم إقامة حدود الله فى الحقوق الزوجية، وفى طاعة الزوج وعدم عصيانه إلا فيما يغضب الله تعالى، ومع هذا فقد أجيز الخلع للأجنبى أيضًا وبه يخرج الفـرع من القاعدة، لأن الضرورة هنا زادت عند قـدرها وهى جواز الخلع إذا طلبه أجنبى من الزوج بأن يقـول للزوج: خالع زوجتك وأعطيك ألف جنيه مـثلاً، وإنما صح بطلب الأجنبى، لأنه قد يكون له فيه غرض دينى بأن يراهما لا يقيمان حدود الله، أو يجتمعان على محرم، والتفريق بينهـما ينقذهما مما يغضب الله تعالى، فيـفعل ذلك طلبًا للثواب، وقد يكون لغرض دنيوى مباح[1].

والخلع إنما يجوز إذا كان هناك سبب يقتضيه، كأن يكون الرجل معيبًا فى خلقه، أو سيئًا فى معـاملته، أو لا يؤدى للزوجة حقـها، وأن تخاف المـرأة ألا تقيم حدود الله، فيـما يجب عليها من حسن الصحبـة، وجميل المعاشرة، فإن لم يكن ثمة سبب يقتضـيه فهو محظور لما رواه أحمد والنسائى من حديث أبى هريرة: «المختلعات هن المنافقات».

الصورة الثالثة: اللعان:

تعريفه: اللعان لغة: الطرد والمباعدة، سمى بذلك لبعد الزوجين من رحمة الله تعالى.

وشرعًـا: كلمات مخصـوصـة جعلت حجـة للمضطر إلى قذف من لطخ فـراشه وألحق الأذى به.

وارتباط هذا الفرع بالقاعـدة مرجعه إلى أن اللعان الذى دعت إليه الحـاجة هو ما كان فى حالة عدم وجود الشهود، فإذا التزمنا أن يكون اللعان فى عدم وجود الشهود فهو من القاعدة، والضرورة قدرت بقدرها.

أما إذا جوزناه مع إمكان الشهود على الزنا فهو خارج عن القاعدة لأن الضرورة زادت عن قدرها وهو جائز على الأصح[2]، ومقابل الأصح لا يجوز اللعان مع وجود البينة والفرع من القاعدة.

وهذه الصور الثـلاث مستـثناة وخرجت عن أصل القـاعدة وأخذت حكمًـا مخالفًـا لها، والحقيقة أن الضرورة لم تتحقق فى الصور الثـلاث وبهذا قال أستاذنا فضيلة الدكتور جاد الرب رحمه الله حيث قرر أنها ليست من القاعدة أصلاً، فـضلاً عن كونها مستثناة، لأنها إنما تكون من المستثنيات إذا تحققت فيها الضرورة، وهى لم تتحق وبالتالى فهى ليست من القاعدة، ولا من المسـتثنيات، فالحق أنه لا يـوجد استثناء لأن الاسـتثناء فرع وجود الضـرورة ولا ضرورة

(١) مغنى المحتاج ٢/ ٧٢٦.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٤.

أصلاً، لأن الفقراء إذا لم يأكلوا رطبًا لم يتحقق ضرر، واللعان يجوز عند عدم الشهود، ومع وجود الشهود لا يجوز، والخلع جائز للزوجين ضرورة أما لغيرهما فلا ضرورة.

فالإتيان بهذه الصور فى المستثنيات فى غير محله، بل هو محل نظر، لأن أصل القاعدة لا يتحقق فيها.

مراتب التناول:

ذكر العلماء أن إباحة الممنوع سواء كانت على وجه التحريم أو على غير وجه التحريم كالكراهة يأتى على خمس مراتب:

الأولى: الضرورات:

وهى التى لا بد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا للجماعة والأفراد، بحيث لا يستقيم النظام باختلالها، وتؤول حالة الأمة أو الأفراد إلى فساد وتهارج وفوت حياة، وفى الآخرة يكون ذلك بفوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين[١] فإذا وصل الإنسان إلى الحد الذى يجعله إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب ففى هذه الحالة يباح له تناول الحرام كالخمر والميتة والنطق بكلمة الكفر.

الثانية: الحاجة:

وهى كل ما تحتاج إليه الأمة والأفراد من حيث التوسعة ورفع الحرج وانتظام الأمور بحيث إذا لم تراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة من غير أن يبلغ مبلغ الفساد المتوقع لكنه على حالة غير منتظمة ومثل ذلك الجائع الذى لو لم يجد ما يأكله لم يهلك، غير أنه يكون فى جهد ومشقة وهذا لا يبيح الحرام ويبيح له الفطر فى الصوم، فالمشقات تبيح الرخص، ولا تبيح المحرمات[٢].

الثالثة: المنفعة:

وهى كالذى يشتهى خبز الحنطة ولحم الغنم والطعام الدسم، فهى لا تتعلق بإباحة محظور ولا حاجة.

الرابعة: الزينة:

وهى كالذى يشتهى الحلوى والسكر والثوب المنسوج من حرير الكتان والفواكه الغالية، أو النادرة، ولحم الغزال.

---

(١) الموافقات للشاطبى ٢/ ٤.

(٢) القواعد للزركشى ٢/ ٣١٩.

الخامسة: الفضول:

والفضول: جمع فضل بمعنى الزيادة، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد وسد مسده والفضول كل أمر تردد بين الحل والحرمة، ومن ذلك التوسع بأكل الحرام أو الشبهة، كمن يريد استعمال أوانى الذهب أو شرب الخمر(١).

فهذه هى مراتب ما تحتاج إليه النفس فى هذه الدنيا، وقد تدخل الضرورة فى حله بعد حرمته وقد تدخل فيه الرخص وقد لا تدخل.

وبعضهم قال: الفضول: أن تعطى لنفسك كل ما تشتهيه، والورع تركه لقوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»(٢) والشبهة ما تردد بين الحل والحرمة، ومنه ما تردد فيه الفقهاء، فإذا تردد الفقهاء بين الحل والحرمة، فتركه أولى من باب الورع وترك الشبهات.

وهذا من ورع المتقين(٣) فقد قال ﷺ: «لا يبلغ العبد درجة المتقين حى يدع ما لا بأس به مخافة مما به بأس» وقال الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة أن نقع فى الحرام».

مراتب دفع الحاجة:

أما دفع الحاجة فله مرتبتان:

الأولى: أن يقنع الإنسان بدفع الحاجة، فلا يأكل إلا عند الجوع بقدر ما يدفعه من غير أن يميز بين دافع ودافع.

الثانية: أن يقنع باستيفاء المنفعة فيأكل الطيب، ولكن لا يفرق بين صنف وصنف، فإذا اشتهى الحلو استوى عنده الحلو المتخذ من السكر وغيره، وإذا أراد اللبس استوى عنده القطن والصوف(٤).

وقاعدة: «ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها» يقرب منها «ما جاز لعذر بطل بزواله» كالتيمم يبطل بوجود الماء قبل الدخول فى الصلاة(٥)، كما يقرب منها أيضًا: «الشهادة لمرض ونحوه تبطل إذا حضر الأصل عند الحاكم قبل الحكم» فإذا مرض من رأى الحادثة من الشاهدين أو

---

(١) المرجع السابق ٢/ ٣٢٠.

(٢) رواه الترمذى وقال: حديث حسن صحيح ومعناه: اترك ما تشك فيه وخذ ما لا تشك فيه، انظر: رياض الصالحين للنووى ص٢٦٨ باب الورع وترك الشبهات.

(٣) راجع: إحياء علوم الدين ٥/ ٨١٦.

(٤) القواعد للزركشى ٢/ ٣٢٠.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٤.

هما أو توقعا الموت أو سافرا فوق مسافة القصر أو حبسًا، فكل منهما يأتى باثنين يشهدهما أنه رأى كذا وكذا، وهذا ما يسمى بتحمل الشهادة.

وأما الأداء: فهو أن يقول: أشهد أن فلانًا أشهدنى بكذا.

وقد توسع فقهاء الشـافعية فأجازوا شهادة المرأة المـخدرة التى من شأنها لزوم الخدر أن تمتنع عن الشهادة عند القاضى ويرسل إليها القاضى اثنين يشهدان على شهادتها.

والشهادة على الشهادة تبطل إذا حضر الأصل عنـد الحاكم قبل الحكم لأنها جازت لتعذر حضور الأصل، فـتبطل إذا حضر الأصل كأن يحضـر المسافر، أو يفرج عن المسـجون، أما المخدرة فتجوز الشهادة مع وجودها.

أما إذا حـضر الشاهد الأصـلى بعد الحكم فلا أثر لحـضوره، لأن المـقصود قـد تحقق والقاضى قد أصدر الحكم، ولا بد أن يكون على كل شـاهد اثنين من الشهداء، وقيل: يكفى شاهد واحد، لأن العبارة واحدة.

٦- قاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما

معنى القاعدة:

معنى هذه القـاعدة، أن الأمر المتردد بين ضـررين إذا كان أحدهما أشـد من الآخر، فإنه يتحـمل الضرر الأخف لدفع الضـرر الأشد، ومراعاة أعـظمهمـا تكون بإزالته، لأن المفـاسد تراعى نفيًـا، كمـا أن المصالح تـراعى إثباتا[١]، فمن ابـتلى بذلك فواجـبه أن يخـتار أهون الشرين، وأخف الضررين.

وإذا علمنا ذلك: فهل قـاعدة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، هى عـين قاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما؟

من الممكن أن يقـال هذا ولكن الأولى من ذلك تخصيـص الأولى بالضرر الواقع وأمكن إزالته بالأخف كما لو غصب شـخص أرضًا وبنى عليها أو غرس فيها غـرسًا ثم طلبها المالك من الغاصب فيؤمر بقلع البناء أو الغراس مهما بـلغت قيمته فإذا كان قلع البناء أو الغراس يضر بالأرض فإن المالك يتملك ذلك بقيمته مستحقًا للقطع وتخصيص قاعدتنا هذه بما إذا تعارض الضرران ولم يقع واحد منهما، وهذا أقوى من دعـوى التكرار، لأن التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن وإلى هذا التخصيص يشير إليه التعـبير فى القاعدة الأولى: «الضرر يزال» وفى الثانية بقوله «إذا تعارضت» للتفريق بينهما.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٠١.

دليل القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة: بحديث الأعرابى الذى بال فى المسجد حيث نهى النبى ﷺ عن زجره تفاديا لحدوث ضرر أشد بارتكاب الأخف دفعًا له وهذا معناه أن من ابتلى ببليتين وهما متساويتان فإنه يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفا فإنه يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا لضرورة[١].

فإذا تعارضت مفسدتان، ولا مفر من فعل واحدة منهما لا محالة، ففى هذه الحالة نرتكب أخفهما دفعًا لأعظمهما ضرراً، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات فقد قال ﷺ : «ما نهيتكم عنه فانتهوا وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم»[٢].

والتخلى قبل التحلى، أى أن تصفية النفس من النقائص، وتخليتها من الذنوب مقدم على تحليتها بالفضائل، ودفع المفاسد مقدم على جلب المصالح، وقال صاحب الكشاف: «لترك ذرة مما نهى الله عنه، أفضل من عبادة الثقلين»[٣].

وهذا كله يدل على أن ترك المحظورات أهم من فعل المأمورات، لما يترتب على المنهى عنه من الضرر المنافى لحكمة الشارع فى النهى، فلو لم يجدك الله حيث أمرك لكان أحسن مما لو يجدك حيث نهاك.

ومن أجل ذلك سومح فى ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة كالقيام فى الصلاة والفطر، والطهارة، ولم يسامح فى الإقدام على المنهيات وخصوصًا الكبائر[٤]، فإذا لم يستطع المكلف الصلاة قائمًا صلى من قعود، وإن لم يستطع قاعدًا صلى مضطجعًا، وفى الصوم إذا لم يستطع الصوم لمشقة تلحقه بأى سبب من الأسباب كسفر أو مرض أو غيرهما من الأسباب فله الفطر، وكذا من لم يجد ماء للطهارة أباح الشارع له التيمم، ومن فقد الطهورين أباح له الصلاة بدونهما وهكذا.

أما فى جانب المنيهات، فلم يسامح فى الإقدام عليها خصوصا الكبائر، فقد حرم مقدماتها، وكانت لذلك مقدمة الحرام حرامًا كما أن مقدمة الواجب واجبة وحرم الشارع وسائل المنهيات كالنظر بالنسبة للزنا.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٧.

(٣) تفسير الكشاف سورة الرحمن الآية الكريمة: ﴿سَنَفْرُغُ لَكُمْ أَيُّهَ الثَّقَلانِ﴾ الآية ٣١ والثقلان الإنس والجن.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٧.

فروع القاعدة:

هذه القاعدة لها فروع كثيرة.

الفرع الأول: المبالغة فى المضمضة والاستنشاق:

المضمضة مأخوذة من المض، وهو وضع الماء فى الفم، وإدارته على جوانب فمه ومجه، ويندب للمتوضئ أن يبالغ فيها إلى الحلقوم، والاستنشاق هو جذب الماء عن طريق الأنف حتى يصل إلى خياشيمه[1] وهى أعالى أنفه، ونثره بعد جذبه.

والمبالغة مسنونة فى كل منهما ما لم يكن الإنسان صائمًا، فإن كان صائمًا فتكره المبالغة خشية إفساد الصوم لقوله ﷺ: «أسبغ الوضوء وخلل بين الأصابع، وبالغ فى المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائمًا»[2] فدل ذلك على أن دفع مفسدة الصوم أولى من جلب مصلحة المبالغة لأجل الثواب.

الفرع الثانى: تخليل شعر اللحية:

فإذا كانت لحية الرجل خفيفة وجب تخليلها إن لم يصل الماء باطنها إلا بالتخليل، أما إذا كانت اللحية كثيفة وهى التى تغطى البشرة وتسترها فتخليلها سنة.

وهذا فى غير المحرم بحج أو عمرة، فإن كان محرمًا فيكره له تخليل شعره لخوف سقوط شعر منه حتى لا يجب عليه دم، وذلك لأن دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

الفرع الثالث: من كان به جرح لو سجد سال دمه:

فلو أن رجلا كان به جرح لو سجد سال دمه، فلا يسجد ويصلى قاعدًا، ويومئ بالركوع والسجود، ويكون إيماؤه بالسجود أخفض من الركوع، لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث، وهذا عند من يوجبون انتقاض الوضوء عند سيلان الدم إذا كان ترك السجود فى هذه الحالة يدفع عن الجريح نزف الدم ويوقف سيلانه، لأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح.

الفرع الرابع: انكشاف العورة فى الصلاة:

فلو كان رجل إذا صلى قائمًا فإنه ينكشف من عورته ما يمنع جواز الصلاة، وإذا صلى قاعدًا لا ينكشف منه شىء، فإنه يصلى قاعدًا، لأن ترك القيام أهون من كشف العورة، فيرتكب ما هو أهون لدفع ما هو أشد عند التعارض.

---

(١) حاشية الباجورى على ابن قاسم ١/ ٥٥.

(٢) رواه الخمسة وصححه الترمذى «راجع» نيل الأوطار ١/ ٧٢، باب المبالغة فى الاستنشاق.

الفرع الخامس: التهديد بالقتل:

فلو هدد رجل غيره بالقتل إذا لم يلق نفسه من جبل عال فهل يصبر فيقتل أو يرمى بنفسه من المنارة؟ هنا المفسدتان متساويتان والمختار أن يصبر لما فى إلقاء نفسه من شبهة الانتحار ولهذا لا يجوز لإنسان أن يستعين بآخر على قتل نفسه.

ما يستثنى من القاعدة:

يستثنى من قاعدة: درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، ما إذا كانت المفسدة مرجوحة فتقدم المصلحة، ولا ينظر إلى المفسدة المرجوحة لأن الشرط فى تقديم المفسدة على المصلحة أن تكون المفسدة راجحة، لذلك قال السيوطى: وقد يراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة المرجوحة[١].

ومن الأمثلة على ذلك نختار منها:

الفرع الأول: إن التكلم بالكذب مفسدة، ولكن إذا أريد به إصلاح ذات البين فيجوز على قدر الحاجة إليه، لأن قبح الكذب الذى لا يضر إذا تضمن مصلحة تربو على قبحه أبيح الإقدام عليه تحصيلاً لتلك المصلحة[٢].

الفرع الثانى: لو أراد ظالم أخذ الوديعة من الوديع غصبًا عنه فله أن يكذب وينكر وجودها عنده محافظة على الوديعة، لأن حفظ الودائع واجب وإنكارها إحسان[٣].

الفرع الثالث: من الفروع المستثناة: الصلاة مع اختلال شرط من شروطها كالطهارة والستر والاستقبال، فإن ذلك مفسدة فى الصلاة لما فيه من الإخلال بجلال الله تعالى، فى أن يناجى ربه إلا على أكمل الأحوال، ومتى تعذر شىء من ذلك جازت الصلاة بدونه، تقديمًا لمصلحة فعل الصلاة على مفسدة تركها على هذه المفسدة[٤].

فالصلاة بدون وضوء أو تيمم مصلحة راجحة وعدم الصلاة مفسدة مرجوحة فيقدم فعل الصلاة على تركها مراعاة للمصلحة وتقديمًا لها على المفسدة المرجوحة.

ولهذا فمن أراد الصلاة، ولا يجد ما يستر به عورته فإنه يصلى من قعود عند الحنفية، لأنه أستر له وهذا واجب مراعاة لحق الصلاة والناس[٥]، ولأن ترك القيام أهون من كشف العورة.

---

(١) الأشباه والنظائر ص٩٧.
(٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ١/ ١١٢.
(٣) درر الحكام لحيدر أباد ص٥٤.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٧.
(٥) فتح القدير ١/ ٢٦٤.

وخالف الشافعية فى ذلك فقالوا: يصلى عاريًا من قيام ويتم جميع الأركان، فيتم ركوعه وسجوده ولا إعادة عليه فى الأصح[(١)].

الفرع الرابع: إذا لم يعرف جهة القبلة، وتعذر عليه الاستقبال فيصلى لأن ترك الصلاة لعدم معرفة القبلة مفسدة، والصلاة لأى جهة مصلحة، ويجتهد بقدر الإمكان فى معرفة جهة القبلة، ولا يكلف الله نفسًا إلا وسعها.

الفرع الخامس: قطع اليد المتآكلة حفظًا للروح، إذا كان الغالب السلامة فيجوز قطعها، وإن كان إفسادًا لها لما فيه من تحصيل المصلحة الراجحة، وهو حفظ الروح.

الفرع السادس: حفظ بعض الأموال بتفويت بعضها كتعييب أموال اليتامى والمجانين والسفهاء، وأموال المصالح العامة إذا خيف عليها الغصب، فإن حفظها قد صار بتعييبها فأشبه ما يفوت من ماليتها من أجور حارسها وحوانيتها[(٢)].

وقد فعل الخضر عليه السلام مثل ذلك لما خاف على السفينة الغصب فخرقها ليزهد غاصبها فى أخذها[(٣)].

٧- قاعدة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة

معنى القاعدة:

أن الحاجة: ما دون الضرورة، والضرورة: هى الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه، والفرق بين الحاجة والضرورة أن حكم الأولى مستمر، وحكم الثانية مؤقت بمدة قيام الضرورة، إذ أن الضرورة تقدر بقدرها[(٤)].

فإذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع الناس أو خاصة بشخص «ما» نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة فى جواز الترخيص لأجلها[(٥)].

فروع القاعدة:

الحاجة كما سبق، منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص ولكل واحدة منهما فروع تتعلق بها وتوضحها، وتؤكد مدلولها فى التيسير والتسهيل على الناس لأجل الحصول على المقصود، لورود نص أو تعامل، أو كان له نظير فى الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد فى نظيره وارد فيه[(٦)].

---

(١) مغنى المحتاج ١/ ١٨٥.
(٢) الحانوت: محل التجار، وجمع الحانوت: حوانيت، المعجم الوجيز مادة حنت ص١٧٤.
(٣) قواعد الأحكام ١/ ٩٢.
(٤) القواعد الفقهية للزرقا ص٢٠٩.
(٥) المرجع السابق نفسه.
(٦) المرجع السابق ص٢١٠.

أولاً: الحاجة العامة:

ولها فروع وهى:

الفرع الأول: الإجارة:

تعريف الإجارة: الإجارة لغة: اسم للأجرة، واشتهرت فى العقد، فهى عقد تمليك نفع مقصود من العين بعوض[١]، أو هى: عقد على المنافع بعوض، وأما شرعًا: فهى عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم.

ولا يكاد يوجد فرق بين المعنى اللغوى والشرعى للإجارة فهما يفيدان أن الإجارة عبارة عن: تمليك المنافع بعوض.

ولما كانت المنافع فى عقد الإجارة غير موجودة عند التعاقد فقد جوزت على خلاف القياس للحاجة الداعية إليها، لأن عقد الإجارة على المنافع، وهى معدومة، وتمليك المعدوم قبل وجوده لا يجوز، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافا إلى زمن وجود المنفعة، لأن التمليكات لا تقبل الإضافة إلى المستقبل[٢]، فكان جوازها استحسانًا.

والسبب الذى به كانت الإجارة منفعة عامة أن الناس جميعًا ليس عندهم دور وأراضى زراعية، وقد يكون عند إنسان أرض، ولكنه لا يقدر على زراعتها، فتفوت المصلحة المترتبة على زراعتها إذا تعطلت الأرض بدون زراعتها وتركها بورًا، فدعت الحاجة العامة إلى التعاقد على وجه الإجارة نظرًا للحاجة إلى زراعتها وهى منزلة منزلة الضرورة[٣].

الفرع الثانى: الجعالة:

تعريف الجعالة: وهى لغة: اسم لما يجعل للإنسان على فعل شىء، فهى ما يجعل على العمل من أجر[٤]، وشرعًا: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول لمعين أو غيره[٥].

فعقد الجعالة قد يرد على عمل مجهول كرد الضالة، وقد يرد مع شخص مجهول كأن يقول: من ردّ علىّ ضالتى فله مقدار كذا من المال، وكذلك يكون العوض مجهولاً فى بعض الأحوال.

---

(١) المعجم الوجيز مادة: أجر ص٧.

(٢) حاشية القليوبى ٢/ ٦٧٢.

(٣) محاضرات فى قواعد الفقه ص٤٤.

(٤) المعجم الوجيز مادة: «جعل» ص١٠٨.

(٥) حاشية البجيرمى ٣/ ١٨٣، وحاشية الباجورى ٢/ ٣٣.

وهذا يقضى بعدم الجواز، ولكن هذا العقد أبيح نظرًا لحاجة الناس إليه، ويستأنس لجواز هذا العقد بقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (يوسف: ٧٢).

الفرع الثالث: أعمال السمسرة:

فإن أعمــال السمسرة تأخذ حكم الجعــالة، إذ هى ما يعطيه شخص لسمــسار فى نظير أن يدله على شقة أو قطعة أرض أو سيارة فيجوز اســتئجار السمسار على أن يكون له فى كل مائة جنية مثلاً مقــدار كذا أو نسبة معينة، فإن القياس يمنع هذا العــقد ويوجب له أجر المثل، لما ينطوى عليه من الغرر، فقد يحــضر له الشقة وقد لا يحضرها، وإذا أحضرها فقــد تناسبه فيتم التعاقد، وقد لا تناسبه فلا يتم، ومع هذا فإن الفقهاء جوزوا هذا العقد استحسانًا لحاجة الناس إليه، والحاجة تنزل منزلة الضرورة.

الفرع الرابع: عقد الحوالة: وهذا العقد يقتضى انتقال دين من ذمة إلى ذمة أخرى[١].

وحقيقــة عقد الحوالة: بيع دين بدين، فإن المحــيل وهو المدين يحيل دائنه بدين له على غيره، وهى وسيلة من وسائل استيفاء الحقوق، فهى نقل لما فى الذمة إلى ذمة أخرى.

والأصل أن الحوالة وهى بيع دين بدين لا يجــوز لورود النهى عن: «بيع الدين بالدين لما رواه الشافعى أن رسول الله ﷺ: «نهى عن الدين بالدين»[٢].

ولكن لما كانت الحوالة عقد إرفاق فإنها جوزت للحاجة.

وقد دل على جواز مشــروعيتها: ما رواه البخــارى ومسلم عن أبى هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغنى ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتْبع» وفى رواية عند أحمد: «ومن أحيل على ملىء فليحتل»[٣].

ومعنى مطل الغنى ظلم أى أن تأخيــره ما استحق عليه أداؤه ظلم والظلم حــرام يستوجب الإثم والعقوبة، وقوله فى الحديث: فإذا أتبع أحدكم: أى إذا أحيل من كان منكم له دين على غير ملىء أى غير قادر على السداد لهذا الدين فليحتل أى فليقبل الحوالة.

وقد أجــمع المسلمون فى مخــتلف العصور على مــشروعية الحــوالة وجوازها ولم يعلم مخــالفة فى هذا نظرًا للحاجــة إليها، والحــاجة تنزل منزلة الضــرورة، والأمر بقبــول الحوالة للاستحباب لا للوجــوب ويعتبر هذا الاستحباب فى حق من له دين علــى آخر فأحاله المدين

١) المهذب ١/ ٣٣٧، والسراج الوهاج ص٢٣٨.

٢) التلخيص الحبير ٣/ ٢٦، ٢٧.

٣) رواه البخارى فى كــتاب الحوالة باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحــوالة رقم ٢١٦٦، ورواه مسلم فى المساقاة باب فضل إنظار المعسر رقم ١٥٦٤، وأحمد فى مسنده ٢٥/ ٤٦٣.

على غيره استحب له أن يقبل الحوالة ولم يجب عليه ذلك، إلا أن يكون فى ماله شبهة لم يكن قبول الحوالة مستحبا فى حق المحال.

فالمطل بالدين معناه التأخير فيه، والامتناع عن أدائه لصاحبه من غير عذر، والملىء هو الغنى، والأمر وإن كان للوجوب إلا أنه مصروف عنه للندب لاشتراط الرضا فى العقود الرضائية، إذ أن الرضا توافق إرادة شخص بحريته ورغبته واختياره مع إرادة شخص آخر على إبرام عقد أو إنشاء التزام «ما».

فكان إجماع أهل العلم على جوازها لحاجة الناس إليها، فقد يكون للمدين دين على غيره، وصاحب المال محتاج إليه، فمن التيسير عليه أن يأخذ ماله من المحال عليه.

الفرع الخامس: بيع السَّلَم:

تعريفه: هو فى اللغة: السلف أى التقديم، وشرعا: بيع شىء موصوف فى الذمة بثمن عاجل[(١)]، أو هو بيع عاجل بآجل بلفظ السلم أو السلف، والآجل السلعة، والعاجل الثمن، وقد أجازه الشارع لحاجة الناس إلى مثل هذا العقد، فهو مستثنى من بيع المعدوم الذى لا يصح بيعه، لأن أرباب الزروع والثمار، والتجارات والصناعات والأعمال كثيرًا ما يحتاجون إلى المال من أجل تأمين السلع الأولية لمنتجاتهم أو تهيئة الآلات والأدوات لمصانعهم وقد لا يجدون المال وتعوزهم النفقة فيسر لهم الشرع أن يستلفوا هذا المال على أساس أن يقدموا بدله منتجاتهم من زرع أو تمر أو سلع ونحو ذلك لينتفع طرفى العقد جميعًا كل حسب حاجته وقصده.

وهكذا نجد أن تشريع عقد السَّلم قد حقق مصالح عدة، إذ يسر المال لمن لا يجده والبضاعة لمن يرغب فيها وفتح الطريق أمام المال ليقوم بوظيفته الأساسية ألا وهى قوام عيش الناس فلم يبق مخزونًا مكنوزًا، وتلافى أخطار بيع المعدوم بالشروط والقيود التى أحاط بها هذا العقد.

والقياس أنه لا يجوز، لأنه بيع معدوم، ولكن جوز تيسيرًا على الناس لاحتياجهم إليه فى أمور حياتهم.

ودليل جواز عقد السلم وأنه مستثنى من بيع المعدوم ما رواه عبد الله بن عباس ﷺ: أن النبى ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال: من أسلف فليسلف فى كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[(٢)] وقال ابن عباس: أشهد أن الله تعالى أحل

(١) المعجم الوجيز مادة: «سلم» ص٣١٩، حاشية الباجورى ١/ ٣٥٢.
(٢) البخارى باب السلم رقم: ٢١٢٥، ومسلم باب السلم رقم: ١٦٠٤.

السلف المضمون، وأنزل فيـه أطول آية فى كتابه، وتلا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (البقرة: ٢٨٢).

ووجه دلالة الآية على مـشروعية السَّلم أنه نوع من الدين، والآية أقـرت الدين وأجازته، فيكون السلم جائزًا.

الفرع السادس: عقد الاستصناع:

تعريفه: هو أن يطلب إنسان ممن له صنعة: أن يصنع له شيـئًا مما له علاقة بصنعته على وجه مخصوص، وتكون مادة الصنعة من الصانع.

وهو عقد ينتشر انتشارًا واسعًا فى هذا الزمن.

ويعتبـر عقد الاستـصناع عقد مقـاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شـيئًا، وكان مـقتضى القياس أن لا يجوز لانعدام الصنعة وقت التعاقد ولكن جوز هذا العقد لحاجة الناس الماسة إليه.

وقد قال بصحـة هذا العقد الحنفية فيما جـرى به العرف وتعامل الناس به، والنبى ﷺ فعله، فقد استصنع خاتمًـا ومنبرًا، وهو من أقوى الأدلة على جوازه، وما وقع من خلاف فى هذا العـقـد، فليس فى أصل جـوازه، بل فى أنه بيع أو عـدة، والصحـيح أنه بيع ولـه شبـه بالإجارة، فكان جـائزًا بسبب تعامل الناس به وحاجـتهم إليه ويدخل فى هذا العـقد صور من التعامل التى جرى العرف بها ومنها على سبيل المثال:

(أ) أن يطلب شـخص من صانع أحـذية أن يصنع له حذاء أو عـدة أحذية والجلـد وما يحتاج إليه الصانع من المستصنع.

(ب) أن يتفق إنســان مع أحد النجارين أن يصنع له نجـارة معينة من خـشب أو ألمنيوم، والمادة من الصانع، وقد يدخل فيها الزجاج وغيره من أقفال ومفاتيح ومغاليق.

(جـ) أن يتقاول شخص مع صاحب مصنع لصنع الأثاث أو المفروشات وغيرها على صنع غرفـة نوم أو مقـاعد، وما يتـركب منه المصـنوع كله من الصانع حـسب نموذج معـين يطلع المستـصنع عليه ويحصل الاتفـاق على هذا، إلى غير ذلك من الأمثلة، والحكم بـصحة هذا التعامل تيـسيرًا على الناس إذ أن الحاجة ماسـة إليه، والناس يتعاملون به فكان جائزًا تحـقيقًا للمصلحة ودفعًا للحرج والمشقة عنهم.

ويدخل فى هذا العقد بيع الشقق على الخارطة.

فإنهـا إذا كانت منضـبطة الأوصاف، مـعلومة المـقادير الداخلة فى الصنع للمـتعـاقدين كالإسمنت والحـديد ونحو ذلك وسلم الثمن كله فى مجلس العقد فـإن والبيع فى هذه الصور من باب السلم.

أما إذا لم تنطبق شروط عقد السلم، وهذا هو الغالب فى تعامل الناس إذ لا نجد من يدفع الثمن كله عند التعاقد، ولا نعرف أحدًا عنده سابق علم ما يدخل فى البناء من مواد الصنع فإن كان كذلك فهو عقد استصناع ويعتبر العقد صحيحًا طالما أن الناس يتعاملون به شريطة أن توضح مواصفات البناء عند التعاقد بحيث لا تبقى جهالة تؤدى إلى النزاع، وأن لا يكون فى ذلك شىء من الشروط الفاسدة أو الباطلة التى لا توافق شرع الله تعالى حتى لا تعود إلى العقد بالبطلان أو الفساد.

وهذا العقد، يفيد ثبوت الملك فى البدلين لكل من المتعاقدين فيثبت الملك للمستصنع فى العين المبيعة فى الذمة ويثبت الملك للصانع فى الثمن ملكًا غير لازم[١].

الفرع السابع: ضمان الدرك:

الدرك ـ بفتحتين وسكون الراء ـ معناه: أن البائع يضمن الثمن للمشترى عند استحقاق المبيع، فهو كفالة مضافة.

والقياس يأباها لأنها تمليك، والتمليكات لا تقبل الإضافة ولكنه جوز بالإجماع على خلاف القياس، لأن البائع إذا باع ملك نفسه فلا يكون ما أخذه من الثمن دينا عليه حتى يضمنه، ولكن نظرًا لحاجة الناس إلى التعامل مع من لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقًا فلا يتم التعاقد، فقد جوز ضمان الدرك للحاجة الداعية إليه[٢]، على خلاف القياس.

ووجه كونه على خلاف القياس، أن البائع يملك المبيع ولا يجوز أن يضمن مال نفسه، ولا يكون دينًا عليه، فكان جوازه على خلاف القياس.

الفرع الثامن: دخول الحمَّام:

جوَّز الفقهاء دخول الحمَّام بأجر للاغتسال مع كونه غير جائز قياسًا لأنه وارد على استهلاك الأعيان وهو الماء الحار، فإن ما يستوفيه من الماء مجهول، فالمنفعة فيه مجهولة وغير معينة إذ يتعذر تعين المدة التى يقضيها الشخص فى الحمَّام ومقدار الماء الذى يستهلكه[٣] ومع هذا فقد جوز لحاجة الناس إليه، وله نظير فى الشرع يمكن إلحاقه به وهو استئجار الظئر، وهى المرأة التى ترضع الطفل بطعامها وكسوتها، فإنه جوز بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (الطلاق: ٦).

والقياس يأبى هذا العقد لأنه وارد على استهلاك اللبن، والإجارة إذا وردت على استهلاك الأعيان قصدًا لا تجوز، ولكنه جوز استئجار الظئر للإرضاع على القول بأن العقد يرد على الخدمة، واللبن يثبت تبعًا.

---

(١) البدائع ٥/ ٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٧.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص٣٨.

الفرع التاسع: إباحة النظر للمعاملة:

النظر إلى المرأة الأجنبية فى الأصل محرم للأمر بغض البصر فى قوله تعالى: ﴿**قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ**﴾ (النور: ٣٠) ولكن إذا دعت الحاجة إلى النظر فإنه يباح فى بعض الأمور كالخِطبة بكسر الخاء وضرورة المعالجة، وتحمل الشهادة وأدائها، ففى هذه الأمور ونحوها يجوز النظر استثناء من أصل تحريم نظر الرجل إلى المرأة وتحريم نظرها إليه(١)، ويكون بقدر الحاجة، وما زاد عنها فهو حرام.

ثانياً: الحاجة الخاصة:

وأما الحاجة الخاصة فلها فروع عدة ومنها:

الفرع الأول: تضبيب الإناء:

تضبيب الإناء بالفضة جائز للحاجة وهى الإصلاح، إذ التضبيب وضع الضبة على موضع الكسر ليلتئم، ثم استعمل فى كل ما يوضع على الإناء ولو للزينة سواء كان التضبيب صغيرًا أو كبيرًا ذهبًا أو فضة.

أما ضبة الذهب، فتحرم مطلقًا كبيرة وصغيرة لحاجة أو لزينة كلها أو بعضها، وهو المعتمد كما صححه النووى.

وأما ضبة الفضة فالكبيرة حرام عند الأئمة الثلاثة، وقال أبو حنيفة: لا يحرم الإناء المضبب بالفضة مطلقًا.

ووجه الأول: كمال الورع، ومن الورع التباعد عن الإناء المضبب كالتباعد عن الإناء الكامل من الفضة.

ووجه الثانى: العفو عن مثل ذلك.

وأما الكبر والصغر فمرجعه إلى العرف والمراد بالعرف: ما تعارف عليه الناس واستقر فى العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، والعرف يرجع إليه فيما لا نص فيه من الشارع(٢).

وإنما حرم الإناء المضبب بالذهب دون الفضة لأن الخيلاء فى الذهب أشد من الخيلاء فى الفضة ، ولأن الفضة أوسع من الذهب بدليل جواز الخاتم للرجل من الفضة دون الذهب(٣).

الفرع الثانى: الأكل من الغنيمة فى دار الحرب:

دار الحرب هى الدار التى تكون السلطة فيها بيد الكفار، وأما دار الإسلام فهى اسم

(١) الجامع لأحكام القرآن ١٢/ ٢٢٢ وأحكام عقد النكاح للمؤلف ص٨.
(٢) حاشية البجيرمى ١/ ١٠٥. (٣) حاشية الباجورى ١/ ٤٢.

للموضع الذى يكون تحت يد المسلمين وتظهر فيها أحكام الإسلام[١]، فإذا ما انقطعت إقامة الشعائر وزال سلطان المسلمين أصبحت الدار دار حرب.

فإذا وجد المسلم فى دار الحرب وكان ضمن المحاربين فيجوز له الأكل من الغنيمة قبل القسمة ولو كان معه طعام من جنس ما غنمه المسلمون من أهل الحرب لأن الحاجة تدعو إلى ذلك تشجيعًا للمقاتلين فى الحرب لأنه يرفع من روحهم المعنوية فى موطن الجهاد، ولكن إذا وصل إلى عمران دار الإسلام حرم ذلك، وإذا كان معه شىء من الغنيمة وجب رده لأنه لا يجوز الأكل من الغنيمة المشتركة إلا بعد القسمة وإلا أكل حق غيره[٢]، وكان غالاً بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ (آل عمران: ١٦١).

وروى عن رافع بن خديج ﷺ قال: «كنا مع رسول الله ﷺ فى سفر فتقدم سرعان الناس، فتعجلوا من الغنائم فطبخوا من الغنائم فمر رسول الله ﷺ بالقدور فأمر بها فأكفئت» أى قلبت وأفرغ ما فيها فدل ذلك على أنه لا يجوز الأكل من الغنيمة قبل القسمة وإنما أفسد الرسول ﷺ اللحم عليهم مع حاجتهم إليه لأن هذا أبلغ فى الزجر لهم[٣].

الفرع الثالث: خيار التعيين:

صورة هذا النوع من الخيار: أن يذهب إنسان إلى تاجر ساعات ويختار من بين الساعات المعروضة أكثر من واحدة ثم يتعاقد المشترى مع البائع على شراء واحدة غير معينة من الساعات التى أخذها من التاجر على أن يكون له خيار التعيين، فإذا وقع اختياره على واحدة منها أصبح العقد لازمًا، وانتهى الخيار، وهذا من بيع المجهول فيكون فاسدًا فيمنع لأنه يؤدى إلى الغرر المنهى ولكنه أجيز لمسيس الحاجة إليه وهى رفع الغبن عن المشترى، ولا سيما بعد أن تعددت الصناعات، وأصبحت أصنافًا وألوانًا بدرجات متفاوتة فى الجودة يصعب معرفتها لغير وذوى الخبرات والبصر بالمبيعات.

كما أن المرأة قد لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى البائع لسبب أو لآخر فلا تجد إلا أن توكل من يشترى لها ما تريد على أن تكون بالخيار بين قطعتين أو أكثر من الثياب فكانت الحاجة ماسة إلى مشروعية هذا الخيار، فجوز هذا البيع للاحتياج إليه لدفع حاجة المشترى الذى يكون غير خبير بأحوال البيع والشراء فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأفضل بعد استشارة العارفين[٤].

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ٧/ ١٣٠.
(٢) درر الحكام ص٣٨.
(٣) جامع الأصول فى أحاديث الرسول لابن الأثير ٢/ ٧٢٤، ٧٢٥.
(٤) شرح درر الحكام ص٣٨، حاشية ابن عابدين ٤/ ٦٠، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/ ١٠٦.

القاعدة الخامسة: العادة محكمة

معنى القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد الكبرى الهامة وهى تفيد أن العادة تعتبر مرجعًا للحكم عند النزاع لإثبات حكم شـرعى لم يقم دليل ينص على العـمل بموجبـه، لأنها دليل يبنى علـيه الحكم الشرعى(١).

ومن المعلوم أن النص أقـوى من العادة والعرف، ولا شبهـة فى ذلك، حتى النص الذى يصدر من الناس، فلو أن شخصًا وضع الطعام أمـام الضيف بحكم العرف والعادة التى تتضمن الإذن له بتناول الطعام، إلا أن صاحب البيت منع الضيف من تناول الطعام بأن يكون قد صدر منه نص بخلاف العـرف والعادة، فعلى الضـيف أن يعمل بحكم النص، ويمـتنع عن الطعام، ولا يعمل بالعرف والعادة، فإذا أكل يكون مخالفًا للنص فيضمن(٢).

والمراد: أن تكون العـادة مطردة أو غالبة فى جمـيع البلدان، أو فى بعضهـا، فالاضطرار والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة(٣).

وقد اعتبر الفقهاء العادة فى استعمالاتهم، والمجتهد فى استنباط الأحكام، والقاضى فيما يرفع إليه من الدعاوى إذا ما أصبحت العادة معهودة وجارية بين الناس، لأن العادة مأخوذة من المعاودة بمـعنى التكرار فهى بتكرارها ومعاودتهـا مرة بعد أخرى صـارت معروفة مسـتقرة فى النفوس والعقول، متلقاة بالقبول.

وبناء على ما تقدم، فـإن الأمر الجارى صدفة مرة أو مرتين لا يعـد عادة، ولا يبنى عليه حكم شرعى، وذلك كالإرهاب والزلزال وإن تكرر الواحد منهما مرتين أو أكثر(٤).

الفرق بين العرف والعادة:

العرف والعادة بمعنى واحد، فهما لفظان مترادفان لأن العرف هو ما استقر عليه الناس فى عاداتهم وأعرافهم وتلقته الطبائع بالقبول(٥) إلا أن العادة أعم من العرف، لأن العرف لا يكون إلا فيـما تعارفه الناس جـميعًا وهو العـرف العام، ويكون فيـما تعارفه أهل بلد بعـينها، وهو العرف الخاص.

---

(١) درر الحكام ص٤٠ بتصرف.

(٢) أثر العرف فى التشريع الإسلامى للمرحوم الدكتور سيد صالح ص١٦٦.

(٣) درر الحكام ص٤١، ٤٢.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧١.

(٥) المعجم الوجيز ص١٦٣.

أما العادة: فتطلق على ما تعود عليه المسلمون، وعلى ما تعود عليه أهل بلد بعينها وأهل قبـيلة بعينهـا، وتطلق أيضًا على مـا تعود عليـه شخص بعينـه ومنه عادة المرأة فى حـيضـها ونفاسها.

فالعرف والعادة: ما استقر فى النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول، ولا فرق بينهما.

أصل هذه القاعدة:

(أ) ذكر صاحب المواهب السـنية أنه يمكن الاستدلال على اعتبار الـعادة بقوله تعالى: ﴿ وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾ (النساء: ١١٥).

ووجه الاستـدلا بالآية: أن السبيل معناه: الطريق، فـيكون سبيل المؤمنين طريـقتهم التى استحـسنوها، وقد أوعد الله بالعقاب من اتبع غيـر سبيلهم فدل على أن اتباع سـبيل المؤمنين واجب[١].

(ب) وذكرت جمـيع كتب الأشباه والنظائر أن أسـاس هذه القاعدة، هو قول ابن مـسعود ﷺ «ما رآه المـسلمون حسنًا فـهو عند الله حسن، ومـا رآه المسلمون قبـيحًا فـهو عند الله قبيح»[٢].

قال العلائى: هذا الحديث لم أجده مرفـوعًا فى شىء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف، وإنما هو من قول ابن مسعود موقوفًا عليه.

ومع هذا فالحديث معناه صحيح ويدل على المطلوب سواء روى مرفوعًا إلى النبى ﷺ أو موقـوفًا على ابن مسعـود ﷺ، لأن سياق الحديث يوحـى أن المراد بالمسلمين الصـحابة وأئمة السلف والخلف من أهل الحَلِّ والعقد والغيرة على الإسلام والمسلمين.

وهذا ما يفهم من كلام الآمدى وابن حزم، والشاطبى فى الاعتصام[٣] حيث يقول: «إن المسلمين صـيغة عموم واللام للاسـتغراق الذى يدل على إجماع أهل الحل والعـقد، وما رآه أهل الإجماع حسنًا فهو عند الله حسن، ويكون بهذا المعنى حجة.

وبهذا تتضح دلالة الحديث على اعتبار العادة فى التشريع»[٤].

(جـ) وقد أجمع أهل العلم على أن العادة محكمة فى الأمور الى تتكرر عادة، لأنها وليدة الحاجة والمصلحة التى لا تتعارض مع النصوص الشرعية ومقاصدها العامة.

---

(١) الفوائد الجنية على المواهب السنية شرح نظم القواعد الفقهية ١/ ١٨٥.

(٢) مسند أحمد ١/ ٣٧٩، والأشباه والنظائر للسيوطى ص٨٩، والأشباه لابن نجيم ص١٠١.

(٣) الاعتصام ٣/ ١٣٧، والأحكام ٢/ ١٣٠.

(٤) العرف وأثره فى التشريع الإسلامى ص١٨١.

فقد تعارف الناس فى زمـن النبى ﷺ أموراً تتعلق بشئون الحياة، فلـم يحرمها النبى أو ينهى عنهـا فدل على جوازها، فكـانت العادة مسـتندًا ودليلاً يحكم فى الوقـائع والتصـرفات المستحدثة فى كل زمان ومكان.

شروط العمل بالقاعدة:

اشترط العلماء للعمل بقاعدة العادة محكمة شروط وهى:

١- أن تكون العادة مطـردة أو غالبة: بأن تكون عـادة أهل البلدان أو بعضـهم، فالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة[١]، فإن اضطربت العادة من شخص لآخر فلا تعتبر فلو أن رجلاً باع شيئًا بعشرة وسكت، فـإن هذه العشرة تعتبر فيها عادة أهل البلد من التعامل بالجـنيه أو الدولار مثلاً، فإن كـان لهذا البلد أكثر من عـملة فيلزم تعيين النقـد حينئذ وذلك نظرًا لاضطراب عادة أهل البلد فى التعامل.

٢- أن تكون العادة مقارنة للتصرف أو سابقة عليه: فالعادة المعتبرة التى تُحكَّم هى العادة المقـارنة وقت إنشاء التصـرف أو السابقة علـيه إذا لم يتغـير العمل بهـا، ومن أجل ذلك قال السيوطى وابن نجيم: العرف الذى تحمل عليه الألفاظ هو المقارن أو السابق دون المتأخر.

وبناء عليه فالعادة المتأخرة عن التصرف لا عبرة بها فى إثبات الحكم فمثلاً لو وقف رجل وقفية على أن ينظر فيها قاضى شافعى، فإنه لا ينظر فيها إلا قاضى شافعى حتى ولو تغير ذلك فيما بعد[٢] إذ لا عبرة بالعرف الذى يطرأ بعد إنشاء التصرف كما لا عبرة بالعرف الذى انقضى قبل إنشاء التصرف وحل محله عرف جديد.

وإنما يراعى العرف القائم وقت إنشاء التصرف، لأنه هو الذى انصرفت إليه إرادة صاحب التصرف.

وتأسيسًا على هذا الشـرط، فلو أن عرفًا كان قائمًا فى بلد «مـا» وكان هذا العرف يقضى بأن تأثيث بيت الزوجية على الزوجة، ثم تغير هذا العرف وأصبح التأثيث على الزوج، وحدث إن تزوج رجل بامرأة بعد قيـام العرف الجديد وحصل بينهما نزاع حـول تأثيث منزل الزوجية، فإنه لا عبرة بالعرف الذى انقضى قبل العقد، وإنما العبرة بالذى هو موجود أثناء العقد.

ولهذا فإنه يجب أن تفسر وثائق العقود من أنكحة وأوقاف ووصايا وبيوع وهبات وإجارات وغيرها من العقود على الأعراف التى كانت قائمة وقت إنشاء هذه التصرفات والعقود.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة: ٤١، ٤٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم، ومجلة الأحكام العدلية ص٥٧.

٣- ألا تتعارض العادة مع نص شرعى أو غير شرعى، فإذا كان ما تعارف عليه الناس مخالفًا لنص شرعى أو غير شرعى فإنه لا عبرة به لأنه لا عمل بالعرف والعادة إلا فى المسائل التى لا نص فيها، فإذا كان فى المسألة نص من كتاب أو سنة عمل بالنص وترك العمل بالعرف والعادة، لأن النص أقوى[١]، فاللجوء إلى العرف والعادة إنما يكون عند عدم النص، وانعدام ما يفيد غرض المتعاقدين صراحة، فإذا علم المقصود صراحة فلا حاجة للعرف والعادة.

ومن هذا يتضح أن دلالة العرف أضعف من دلالة النص، فلو أن عرفًا يقضى بأن نفقات تسليم المبيع وأجرة الشحن وتغليف البضاعة على المشترى ولكن اتفق العاقدان على خلاف ذلك فقررا أن هذه النفقات تكون على البائع، فيعمل بهذا الاتفاق، ولا عبرة بالعرف.

وكذلك إذا كان العرف يقضى بأن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشترى، ولكن اتفق العاقدان على أنها على البائع، فيعمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف.

وكذلك أيضًا: إذا كان العرف فى الزواج يقضى بتأجيل بعض المهر واتفق المتعاقدان على التعجيل، فالعرف فى هذه الحالة لا يحكم ويعتبر ما بينهما من اتفاق، هو الحكم فى القضية، إذ لا عبرة بالعرف مع وجود مثل هذا الاتفاق.

فالعرف يعمل به فى حالة السكوت، فإذا سكت المتعاقدان فالعرف يكون مفسرًا لسكوتهما، مبينًا لإرادتهما، قاضيًا على ما بينهما من التصرفات.

وإذا كان النص الشرعى هو الذى يحكم، فإن ما يتعارف عليه الناس مخالفًا للشرع فإنه لا يعتد به بل يعتبر عرفًا سدًا كأن يتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر، والخروج بملابس البحر على الشواطئ فمثل هذه الأعراف تكون فاسدة، ولا يعمل بها لأن النص حجة على الناس رضوا أو لم يرضوا طالما أنهم اتخذوا الإسلام دينًا.

لكن فى حالة ما إذا كان النص معللاً بالعرف، فإن الحكم فى هذه الحالة يدور مع العرف وجودًا وعدمًا ومع هذا فلا يقال: إن العرف قد خالف النص، فالنص لم يلغ وإنما الذى تغير هو تطبيق النص تبعًا لتغير الظروف والعادات الجارية فى المجتمع ومثال ذلك أن بعض الحنفية يرون أن الأشياء الأربعة: البر والشعير والتمر والملح هى التى نص عليها الرسول ﷺ فى حديث الربا وهذه الأصناف معللة عند الحنفية بالكيل، فإذا تغير المعيار، فأصبحت هذه الأشياء توزن بعد أن كانت تكال، فوجب أن يتغير المعيار تبعًا لتغير العرف فتصبح المساواة فى هذه الأصناف الربوية بالوزن، ولا يقال: إن العرف قد خالف النص، إذ الحديث نص

(١) مجلة الأحكام العدلية ص٤٢.

على هذه الأشيـاء وكانت تكال فى زمن الرسـول ﷺ ثم تغير العـرف من الكيل إلى الوزن فتكون العلة هى الوزن وليس الكيل، فيتغير الحكم بتغير العرف، فالحكم لم يتغير وإنما الذى تغير هو المعـيار الذى تعرف به المساواة فى الأموال الربوية وأما حكم الربا فهـو باق لم يتغير ولن يتغير مطلقًا(١).

فروع القاعدة:

لهذه القاعـدة فروع لا تعد لكثرتها وتعـسر الإحاطة بها ويتفـرع عليها قواعد كـثيرة وهى تدور حول اعتبار العرف والعادة حكمًا أو مناطًا للأحكام، ومن أهم هذه الفروع ما يلى:

الفرع الأول: سن الحيض:

ذكر الفقهاء أن أقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين بالشهور العربية والشهور العربية هى الشهور القمرية، وثبت ذلك بالاسـتقراء على عادات النساء والمعتبر فى الاسـتقراء التقريب لا التحديد، لأن الاسـتقراء الكامل مستـحيل، والحكم ببلوغ السن الذى تحيض فـيه المرأة بناءً على الاستقراء نتيجته ظنية حيث ثبت بالاستقراء الناقص، والأخذ بالظن رحمة من الله بعباده، وهو من أسباب اختلاف الفقهاء فى العـديد من مسائل الفقه وحيث لم يرد فى ذلك ضابط فى الشرع، وإنما عرف بالاستقراء لعادات النسـاء، فتكون العادة محكمة، لأن ما لم يرد له ضابط فى الشرع ولا فى اللغة يتبع فيه عرف الناس وعادتهم.

وأقل الحيض زمـنًا يوم وليلة وأكثره خـمسـة عشر يومًـا بلياليـها وإن لم تتـصل الدماء، وأوسطه سبعة أيام.

وأقل الطهر بين الحيضـتين زمنًا خمسة عشر يومًا، وذلك لأن الشـهر حيض وطهر، وإذا كان أكثر الحيض خمسة عشر يـومًا لزم أن يكون أقل الطهر تمام الشهر بعد الحيض، ولا حد لأكثـره لأن من النساء من لا تحـيض فى عمرها إلا مـرة واحدة أو تحيض فـى كل سنة يومًا وليلة، كما وجد من النساء من لا تحيض أصلاً(٢).

الفرع الثانى: البلوغ:

سن البلوغ ليس له تحديد فى الشرع وإنما مرجعه العرف حيث جرت العادة بأن الغلام إذا احتلم يحكم ببلوغه، وإذا لم يحـتلم فلا يحكم ببلوغه حتى يتم خمس عـشرة سنة وهذا مبناه على العرف والعادة الجارية وعليه فالعادة محكمة.

(١) العرف والعادة بين الشريعة الإسـلامية والقانون الوضعى ص٥١، ٥٣ للدكتور حسين مـحمود طبعة دار القلم دبى الإمارات الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

(٢) نهاية المحتاج ١/ ٢٣٤، روضة الطالبين ١/ ١٣٤، حاشية الروض المربع/ ٣٧٦.

ويقضى ببلوغ البنت بنزول دم الحيض أو بالاحتلام أو ببلوغها السن المذكور نزولاً على حكم العادة.

وكذلك ثبوت العقل فى التكليف، فإنه يعرف إذا بلغ الشخص وكانت تصرفاته على المعتاد من العقلاء، فيعد عاقلاً، وإلا بأن بلغ وخالفت تصرفاته المعروف بين العقلاء، فلا يعد عاقلاً ولا يكون مكلفًا(١).

الفرع الثالث: الأفعال المنافية للصلاة:

الأفعال فى الصلاة إما أن يكون ما يفعله المصلى من جنس الصلاة كزيادة ركوع أو سجود أو نقص ذلك، أو يكون ما يفعله شيئا غير الصلاة كالكلام والحركة والضرب وخلافه، فإن كان ما فعله المصلى شيئًا من الصلاة، فإن كان عمدًا تبطل به الصلاة وإن كان سهوًا لا تبطل به الصلاة.

فإن كان ما فعله فى الصلاة شيئًا خارجًا عن الصلاة كالحركة والمشى والضرب فالقليل منه لا يبطل والكثير منه مبطل لها وحد القلة والكثرة مرجعه إلى العرف والعادة فيما اعتاده الناس.

فما يعده الناس كثيرًا بحيث إذا رئى المصلى وهو يفعلها خيل للناظر أنه لا يصلى تبطل به الصلاة وإلا فلا، وذلك بناء على العرف والعادة الجارية فتكون العادة محكمة.

الفرع الرابع: الهدية للقاضى:

منصب القضاء خطير وحساس ومحفوف بالمخاطر والأصل أنه تحرم الهدية بالنسبة للقاضى والحكام والأمراء وأصحاب المصالح، لأن المقصود منها غالبًا التوصل لتحقيق المصالح والجور فى الحكم بالنسبة للقضاة وحصول الخصوم على حقوق ليست حقًا لهم.

وقد فصل الفقهاء فى حكم قبول الهدية للقاضى فقالوا:

إنه إذا كانت الهدية من شخص اعتاد أن يهدى للقاضى قبل التولية ثم أهدى له بعدها فلا شىء فيها لأنها معتادة والعادة محكمة بشرط أن لا تزيد على ما اعتاده قبل التولية وإلا حرمت الهدية وحرم الإهداء ووجب ردها لوجود التهمة مع الزيادة لأنها من أجل القضاء فلا تقبل.

وإذا لم تكن له عادة حرمت، لأنها رشوة مقنعة فى صورة الإهداء لأنه إنما أهدى له للقضاء. نعم، إنه إذا أهدى إليه بعد التولية وليس المهدى فى محل ولاية القاضى... فإن كان له مصلحة حرمت وإلا فلا.

وإذا كانت له عادة من قبل فى الإهداء للقاضى ثم زاد فى مقدارها كمّا وكيفًا وجودة فإنها

---

(١) مغنى المحتاج ١/ ٤١٨، قليوبى وعميرة ١/ ١٩٤.

تحرم لوجود التهمة فى زيادة الهدية لأنها غالبًا من أجل القضاء فلا تقبل، ويرى الطرابلسى أنه حتى مع عدم الزيادة أنهـا لا تقبل منعًا للتهمة فـلا يقبلها القاضى مطلقًا حـتى لا يصدق عليه قول القائل:

إذا دخلت الهدية من الباب خرجت العدالة من الكوة[١].

الفرع الخامس: الرد بالعيب:

من المعروف عرفًا وعادة أن من اشترى شيئًـا فإنه يطلب المبيع سليمًا وخاليًا من العيوب فإن كان به عيب وجب على البائع أن يبينه للمشترى وذلك منعًا من الغش والغبن فى البياعات وقد أعطى الشارع لمن اشترى مـعيبًا أن يكون له الخيار فى إمساك المـبيع أو رده واسترداد ما دفعه من ثمن ويكون الرد بالعيب على الفور متى علم المشترى، فإذا تأخر فى الرد عرفًا سقط حقه.

وضابط التـأخير أو عدمـه يؤخذ من العرف والعادة، فـتكون العادة محكمة، فـإذا علمه المشترى وهو يأكل ينتظر حتى يتم أكله، وإذا علمه ليلاً ينتظر حتى الصباح وهكذا[٢].

وإنما كان الرد بالعيب على الفور، لأن الرد على التراخى يتضرر به البائع، وهذا لا يعنى المبادرة بالرد فوراً فقد يحتاج بعـد علمه بالعيب إلى التروى لينظر ما هو أصلح له، ومدة هذا الانتظار تكون على حسب العرف مراعاة لمصلحة الجانبين البائع والمشترى.

الفرع السادس: السباق:

المسابقة بالخيل والإبل والبغال والحمير والفيلة والرمى بالسهام والجرى والسباحة وسباق الخيل والإبل والسـيارات وغيرها تصح بعـوض وبغير عوض لقـوله ﷺ: «لا سبق إلا فى خف أو نصل أو حافر»[٣] ويقاس عليها غيرها، وروى أنس ؓ: أن رسول الله ﷺ كانت له ناقة تسمى العضبـاء، وكانت لا تُسْبَق فجاء أعرابى على قعود له فسبـقها، فاشتد ذلك على المسلمين، وقالوا: سُـبقت العضباء!! فقـال رسول الله ﷺ: «إن حقّا على الله أن لا يرفع شيئًا من الدنيا إلا وضعه»[٤].

وفى هذا دليل على جواز السباق للحـصول على الجائزة، فإن كانت من غير المـتسابقين بأن كانت من قـبل ولى الأمر فى الدولة بأن يكون الإمـام قد رصدها للـسباق فـتكون الجائزة مشروعة بلا خلاف.

---

(١) معين الحكام ص١٧، والمبسوط ١٦/ ٨٢، وأخبار القضاة لوكيع ص٥٦.

(٢) مغنى المحتاج ٣/ ٣٠.

(٣) يراجع: نيل الأوطار للشوكانى ٨/ ٨٧.

(٤) المرجع السابق ٨/ ٨٧، ٨٩.

وإن كانت من أحد المتسابقين فهى جائزة عند الجمهور، أما إذا دفع كل من المتسابقين مبلغًا من المال ومن غلب أخذها فهذه الجائز ممنوعة بالاتفاق.

وإذا كانت العادة جارية فى السباق فى مسافة ومن وصل أولاً استحق الجائزة على ما جرى به العرف وعليه فالعادة محكمة.

الفرع السابع: المبارزة:

المبارزة تكون فى الحرب: وقد كانت المبارزة ضربًا من ضروب الحرب فى عهد الرسول ﷺ، وذلك بأن يخرج رجل من صفوف المسلمين ويخرج له رجل من صفوف المشركين، فإذا خرج واحد للمبارزة وقد اطردت عادة المتبارزين بالأمان ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط ويكون المبارز آمنًا، ولا يشترط الأمان متى وجد العرف والعادة وإن لم يوجد العرف اشترط الأمان وعليه فالعادة محكمة.

ومقابل الأصح: لا تنزل العادة منزلة الشرط وعليه فالأمان غير مشروط وعلى ذلك يجوز قتله، وقد علق شيخنا على هذا الرأى بأن هذا لا يليق بأخلاق المسلمين حتى ولو لم يشترط الأمان إذ المسلم ليس من طبعه الغدر وعليه فلا يجوز قتل المبارز مطلقًا اشترط ذلك أو لم يشترط، وجدت العادة أو لم توجد، وإذا طلب كافر المبارزة استحب الخروج إليه حتى لا يظنوا الضعف بالمسلمين.

ومحل ذلك إذا كان بيننا من يقوى عليه وإلا كانت الإجابة بالمبارزة غير مستحبة، ولا تجوز المبارزة إلا بإذن الإمام وتكون من غير إذنه جائزة مع الكراهة.

ودليل جواز المبارزة ما روى من أنه فى غزوة بدر طلب المبارزة عتبة بن ربيعة ومعه ابنه وأخوه فنادى: من يبارز؟ فخرج له شباب من الأنصار فقال: ومن أنتم؟ فأخبروه فقال: لا حاجة لنا فيكم إنا أردنا بنى عمنا، فقال رسول الله: قم يا حمزة، قم يا على، قم يا عبيدة، فأقبل حمزة إلى عتبة وأقبل على إلى شيبة، وأقبل عبيدة إلى الوليد فأثخن كل واحد منا صاحبه، ثم ملنا إلى الوليد فقتلناه، واحتملنا عبيدة جريحًا».

وهذا دليل على جواز المبارزة وعلى أن يعين كل من المتبارزين بعضهم بعضًا[١].

الفرع الثامن: اعتبار الحرز فى حد السرقة:

من شروط القطع فى السرقة أن يكون المال المسروق من حرز مثله واعتبار الحرز يرجع إلى عادات الناس، وقد اعتاد الناس أن يكون للنقود حرز، وللغلال حرز، وللأنعام حرز وعلى ذلك فما اعتاده الناس حرزًا فهو حرز تقطع يد السارق إذا أخذ المسروق منه وما لم يعتاده الناس حرزًا فلا حد بالسرقة منه.

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ٧/ ٢٩٣ باب ما جاء فى المبارزة.

الفرع التاسع: دخول الحمَّام ودور القضاء والولاة:

فالعرف يكون هو المتبع فى دخول الحمَّام فهناك فى بعض البلاد يكون بالإذن وفى بعضها بالتعاقد، وفى بعضها يكون بعد استيفاء المنفعة وهذا لدخول الحمامات بالأجرة ويكون العرف كذلك هو المتبع فى دخول دور القضاء والولاة وقد جرى العرف الآن أن يكون الدخول بواسطة الحاجب عند الدخول على القاضى والوالى، فالمحكم فى الدخول العرف(١).

الفرع العاشر: القبض والإقباض:

يكون القبض من المشترى والإقباض من البائع، والمراد بالقبض: قبض المبيع بالكيفية المتعارف عليها بين الناس، فتسلم البيت يتم إذا أخلى من أمتعة البائع وتسليمه للمشترى ولكن هذا العرف قد يتغير، فالتسليم يتم بالتخلية فقط، فإن كان الثمن منقولاً لا يقبض البائع بما يراه العرف وإن كان غير منقول فالتسليم يتم بالتخلية بينه وبين البائع، فالحكم فى القبض والإقباض يرجع إلى العرف والعادة المتبعة لأن العادة محكمة.

* * *

(١) محاضرات فى قواعد الفقه ص٤٩.

القواعد المندرجة تحت قاعدة: العادة محكمة

١- قاعدة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن عادة الناس حجة يجب العمل بموجبها إذا لم تكن مخالفة للشرع، لأنه يستحيل تواطؤهم على الكذب والضلال لكثرتهم واختلاف أقطارهم.

ولكن لا مانع من تبدل الحكم المبنى على استعمال الناس المخالف لنصوص الفقهاء المبنية على العرف أو على الاجتهاد والرأى، إذا تبدل العرف وكان الاستمرار على الحكم السابق فيه مشقة تصيب العباد.

ومن ذلك عدم الاكتفاء بظاهر العدالة فى الشهادة الآن مع أن ذلك مخالف لما نص عليه الأمام أبو حنفية من الاكتفاء بظاهر العدالة بناء على ما كان معمولاً به فى زمنه لغلبة العدالة بين الناس، ولكن أبا يوسف ومحمداً نصّا على أنه لا يكتفى بذلك الظاهر لفشو الكذب فى زمانهما، فعلى الحاكم أن يتحقق من عدالة الشهود ولا يأخذ بالظاهر.

ومن ذلك تضمين الساعى بالفساد مع مخالفة ذلك لقاعدة الضمان وأنها على المباشر دون المتسبب، ولكن لما كثر السعاة المفسدون فى الأرض بالنميمة والفتنة أفتوا بتضمينه[(١)].

العرف العملى والقولى:

١ - **أما العرف العملى:** فهو اعتياد الناس على شىء من الأفعال العادية أو التصرفات المنشئة للالتزامات، كاعتياد الناس تعطيل بعض الأيام من كل أسبوع عن العمل، واعتيادهم عند بيع الأعيان الثقيلة أن تكون حمولتها إلى بيت المشترى على البائع، اعتيادهم تقسيط أجور العقارات السنوية إلى عدة أقساط معلومة، وتعارفهم فى الأنكحة تعجيل بعض المهر وتأجيل الباقى إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق.

واعتيادهم على الكيل أو الوزن أو التسعير وعدمه واعتيادهم أكل لحم الضأن وأكل لحم البقر والجاموس كثيراً، وندرة أكل لحم الإبل فكل هذه أعراف جرى التعامل بها بين المسلمين وكذلك التعامل بالجنيه والدولار والريال وهذه التعاملات وغيرها محكومة بالعرف العملى الجارى بين الناس.

فلو وكل شخص رجلاً بأن يشترى له خبزاً أو لحماً مثلاً وكان من عادة الناس فى بلد ما

(١) رسالة نشر العرف لابن عابدين ص١٢٦، وشرح مجلة الأحكام العدلية ص٤٢.

أكل خبز خاص ولحم خاص، فليس للوكيل أن يشترى للموكل خبزًا من نوع آخر أو لحمًا من غير ما اعتاده الناس اعتمادًا على إطلاقـه لأن عرف البلد يخصص هذا الإطلاق، فيسمى عرفًا عامًا مخصصًا.

٢- **والعـرف الـقـولى:** فهو اصطلاح جمـاعة على لفظ يستعملونه فى مـعنى مخصوص بحيث يتبادر معناه إلى الذهن بمجرد سماعه.

وهذا العرف يسـمى عند الحنفية والشـافعية عـرفًا مخـصصًا كاخـتلاف مسمـيات بعض المسـميات البـسيطة مـا بين بلد وبلد مثل المقـشة والمكنسـة ولفظ اللبان والمـستكة، ولفظ الأستيكة والجومـة، فبلد تقول: الأستيكة، وبلد آخر يقول: الجـومة، وهكذا سائر الألفاظ، ومثلها اخـتلاف اللهجات مـا بين نطق القاف قاف فى بعض القـرى ونطقها جيمًـا فى البعض الآخر على ما هو معروف فى لهجات أهل مصر.

وتبعًا لاختلاف العرف العـملى من بلد إلى بلد ومن قطر إلى قطر فلو أن رجلاً قال لآخر فى مصـر: اشتر لى سيـارة بخمسة عـشر ألفًا، فإنه يلزمـه أن يشترى بالجنيه المـصرى، لأنه المتعارف هنا عند الإطلاق وليس له أن يشترى بعملة بلد من الأقطار العربية أو الأوربية.

فروع القاعدة:

من الفروع التطبيقية لهذه القاعدة:

١- أنه إذا ما استـعان شخص بآخر على شراء عـقار أو منقول وبعد وقـوع البيع والشراء طلب أجرة نظير هذا البيع والشراء فينظر إلى تعـامل أهل السوق، فإن كان المتعارف على أهل السوق، أنهم يتعاطون أجرًا استحق أجر المثل وإلا فلا لأن العادة محكمة.

٢- ومن هذه الفـروع أنه يحكم بوقف الكتب الشرعـية والمـصاحف الشـريفة والعـملة النقدية، ويكون الوقف صحـيحًا إذا تعارف الناس فى بلد ما على صـحة وقف المنقول مع أن وقف المنقول فى الأصل غير صحيح.

٢- قاعدة: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت

معنى القاعدة:

هذه القاعدة جـاءت لتعبر عن بعض شـرائط العمل بالعرف فلكى يعتـبر العرف صحـيحًا يشترط فيه الاطراد والغلبة والشيوع، وقد يعبر عن الاطراد بالعموم.

فلهذا قالوا: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، أما إذا سارت أو ندرت فلا تراعى.

فلو أن رجلاً باع بـدراهم أو دنانير وكانا فى بلـد اختلف فيـه النقود فى المـالية والرواج انصرف البيع إلى الثمن الأغلب لأنه المتعارف فينصرف إليه.

لذلك قال العلماء: إن العادة المطردة فى ناحيـة تنزل منزلة الشرط كما تنزل منزلة صريح الأقوال فى النطق بالأمر المتعارف عليه وفـرعوا على ذلك: بأن الوكيل فى البيع المطلق يتقيد بثـمن المثل وغـالب نقد البلد الذى فـيه البـيع، تنزيلاً للغلبـة منزلة النطق به صريحًـا، فلو اضطربت العادة فى البلد وجب البيان وإلا بطل البيع.

فالمراد من الغلبـة: أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً فى أكثر الـمعاملات أو عند أغلب الناس.

والمراد من الشيوع: اشتهار العمل بذلك العرف وانتشاره بين الناس، أما إذا تساوى عمل الناس بالعادة أو العرف كان حينئذ عرفًا مشـتركًا، والعرف المشترك لا يصلح للرجوع إليه فى تحديد الحقوق والواجبات المطلقة عملاً بالقـاعدة المذكورة وبقاعدة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر[(١)].

فمثـلا: إذا جرى عرف بلد على أن جهاز الأب لابنتـه من ماله يعتبر عـارية ووجد عرف آخر فى نفس البلد بأنه هدية، وتسـاوى العرفان فقام الأب بتـجهيز ابنتـه من ماله وزفت بهذا الجهاز إلى زوجها ثم حدث نزاع بينهما واختلفا فى أن الجهاز عارية أو هدية، فادعى الأب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسـترداده منها وطالبها برده إليه، وأنكرت هى ذلك وادعت أنه هبة وتـمليك، ومن ثم فإنه لا يملك حق الرجـوع عليهـا، لأن من موانع الـرجوع فى الهـبة القرابة المحـرمية، ولم يكن لأحدهمـا بينة على دعواه، لم يصلح هذا العرف المشـترك دليلاً مرجـحًا لدعـوى أحد الخصـمين لتـعارض العرفـين حيث لا مـرجح لأحدهمـا على الآخر لتساويهما وحينئذ يكون القول قول الأب مع يمينه فيحكم له بدعواه.

فإذا كانت العادة المشتركة لا تصلح لبناء الأحكام عليها فمن باب أولى إذا كانت قليلة أو نادرة، إذ النادر لا حكم له.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع ومن أهمها:

(أ) لو جرت عادة المقترض برد أزيد ممـا اقترض فهل تنزل عادته منزلة الشرط، فيكون كأنه قال له: أقرضك على أن ترد أكثر، فيحرم إقراضه فى هذه المسألة؟ قال الشافعية: الأصح

---

(١) الأشباه والنظائر للسـيوطى ص١٠١، ومجلة الأحكام العدلية مادة: ٤١، ٤٢، والمـدخل الفقهى العام فقرة: ٦٠٦، ٦٠٧ (١/ ٨٧).

لا يحرم إقـراضه ويكون رده أكثـر مما اقـترض من باب الإحسـان فى القضاء فـإن رسول الله ﷺ قد رد أكثر مما اقترض، وأما قولهم: كل قـرض جر نفعًا فهو ربا، محمول على ما إذا كان ذلـك مشروطًا فـى العقـد، لأن الاشتراط عـلى الزيادة فى العقـد تكون الزيادة ربا والربا حرام.

وأما مقابل الأصح فإن العادة تنزل منزلة الشرط، وعليه فتحرم الزيادة ويحرم الإقراض.

(ب) لو اعتـاد بيع العينة وصورتهـا: أن يبيع إنسان عـقارًا إلى أجل لآخر ثم يشـتريه فى المجلس فهل بيع العينة جائز؟ رأيان فى المسألة:

الأول: أن العادة تنزل منزلة الشرط فيحرم بيع العينة وهو المختار.

الثانى: لا حرمة فيها لوقوع العقد مستوفيًا شروط الصحة ولعدم تحقق الحديث الذى نهى فيه النبى ﷺ عن بيع العينة لأنه يحتمل الأمرين، والحديث إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

(جـ) إذا اطردت العادة بالأمـان عند المبارزة فهل تكون كـالشرط؟ فلو بارز كافر مـسلمًا وكانت العادة مطردة بالأمان فالأصح لا يجوز قتله لأن العادة محكمة وقتله يعتبر خيانة وإهدارًا للأمانة وهذا غـير لائق بالمسلمين، ومـقابله قال يجوز قـتله، وعلى ذلك تكون هذه الصورة مستثناة من قاعدة: المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

(ج) ومن الفروع المبنية علـى العرف الغالب المستمر بناء المـدارس الموقوفة على درس الحديث ولا يعلم مراد الواقف فيها هل يدرس فيـها علم الحديث الذى هو معرفة المصطلح، كمختصر ابن الصلاح ونحوه من الكتب المـؤلفة فى مصطلح الحديث التى تعنى بمعرفة رواية الحديث ورجاله ويتميـز بها صحيح الرواية من سقيمها ويعرف المـقبول من الأخبار والمردود منها، أو يكون بناء هذه الـمدارس الموقوفـة على من يقرأ متن الحـديث كالبخـارى، ومسلم ونحوهما ثم يتكلم على ما فى الحديث من فقه وغـريب، ولغة، ومشكل، واختلاف كما هو عـرف الناس الآن، فإذا لم يعلـم شرط الواقف أو لم يعلم اصطـلاح أهل كل بلد فإن العـادة الجارية هى التى تحكم والعادة جرت بين علماء مـصر فى هذه الأعصار بالجمع بين ما يتناوله الحديث سندًا ومـتنًا فيقـول: حدثنا فلان عن فـلان. . . أن النبى ﷺ قال: «إنما الأعـمال بالنيات».

وهذا ممـا يختلف فيـه الواقفون فـيقول بعـضهم: وقفت هذا عـلى أهل الحديث دراية، ويقول آخر: وقـفت كذا على أهل الحديث رواية، فإذا لم يعلم هذا ولا ذاك فـالعادة الجارية هى التى تحكم وقد جرت العادة بين علماء مصـر فى هذه الأعصار بالجمع بين الحديث سندًا ومتنًا.

حكم تعارض العرف مع الشرع والعموم والخصوص واللغة

أولا: تعارض العرف مع الشرع:

العرف لا يكون معتبرًا فى التشريع إذا خالف النص الشرعى بمعنى ألا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفًا للأحكام الشرعية كما لو تعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات عن بعض أجسامهن مما يجب ستره شرعًا وغير هذا من المخالفات التى درج عليها الناس فى مختلف العصور فإن مثل هذا العرف يكون عرفًا فاسدًا ويحكم عليه بالبطلان وعدم الاعتبار لمخالفته للشرع الشريف، وفى ذلك يقول السرخسى: «**وكل عرف ورد بخلاف الشرع فهو غير معتبر**»(١).

وهذا إذا كان العرف مبطلاً للنص من كل الوجوه، فإذا كان العرف يخالف النص فى بعض وجوهه، فالعرف يخصص النص إذا كان عامًا، ويقيده إذا كان مطلقا، وهذا ليس فيه ترك للنص بل فيه إعمال لهما بقدر الإمكان، فيحمل النص على حالة خاصة، ويعمل بالعرف فيما عداهما وإن خالف القياس، لأن العرف مقدم على القياس ورعايته أولى.

وأقرب مثال لذلك، أن النبى ﷺ: نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ولا يملكه فى قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»(٢) فإن هذا النص عام ومع هذا قال فقهاء الحنفية بجواز الاستصناع للتعامل الجارى به بين الناس من عهد الصحابة والتابعين وغيرهم من غير نكير مع أن النص يشمله، إذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان، فيكون منهيًا عنه بالنص، ولكن لم يلزم منه إبطال النص، بل عمل بالنص والعرف معًا فعمل بالعرف فى عقد الاستصناع، وبالنص فيما عداه، فلم يترك النص بالعرف كليًا(٣).

فإذا أمكن العمل بكل منهما فأيهما يقدم؟

قال العلماء:

إذا تعارض العرف مع الشرع ولم يتعلق بالشرع حكم وتكليف قدم عرف الاستعمال على الدليل الشرعى، والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

١- لو حلف شخص ألا يأكل لحمًا لم يحنث إذا أكل سمكًا.

---

(١) يراجع: أثر العرف للدكتور سيد صالح ص٢٠٥، ٢٠٦، المبسوط ١٠/ ١٩٦.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان فى صحيحه وقال الترمذى: حسن صحيح، التلخيص الحبير ٣/ ٥.

(٣) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٩.

مع أن الله تعالـى سماه لحمًا فقال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِى سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ (الـنحـل: ١٤) فالشارع سـبحانه وتعالى حين سمى السـمك لحمًا لم يتعلق بالتسـمية حكم، فالتسمية عارية عن الحكم والعرف لا يسمى السمك لحـمًا فالعرف متعارض مع تسمية القرآن السمك لحمًا فـيقدم العرف فلا يحنث من حلف لا يأكل لحمًا بأكل السـمك، تقديمًا للعرف على الشرع حيث لم يتعلق بالتسمية حكم شرعى.

٢- لو حلف شـخص أنه لا يجلس على بساط أو تحت سـقف أو فى ضوء سـراج، لم يحنث بالجلوس على الأرض، وإن سماها الله بساطًا كـما فى قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الأَرْضَ بِسَاطًا﴾ (نوح: ١٩) ولا فى الشمس وإن سماها الله سراجًا كما فى قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ الْقَمَرَ فِيهِنَّ نُورًا وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجًا﴾ (نوح: ١٦).

٣- لو حلف إنسان أنه لا يضع رأسه على وَتِد لم يحنث بوضعها على جبل وإن كان الله تعالى قد سمى الجبال أوتادًا كما فى قوله تعالى: ﴿وَالْجِبَالَ أَوْتَادًا﴾ (النبأ: ٧) لأن الشرع حينما سمى الجـبل وتِدًا لم يعلق بالتسميـة حكمًا، فالتسـمية عارية عن الحكم، والعـرف لا يسمى الجبال أوتادًا، فـيقدم العرف فى كل ذلك، لأن التسـمـية استعملت فى الشـرع ولم يتعلق بها حكم وتكليف وذلك يشهد بأن العادة محكمة.

أما لو تعارض العـرف مع الشرع وعلق به حكم فيقدم الشـرع على العرف، والأمثلة على ذلك:

١- لو قال إنسان: والله لا أنكح، وعقد ووطأ فيكون حـانثًا والحنث مترتب على العقد، لأن النكاح حقيقة شـرعية فى العقد ولا يحنث بالوطء لأنه مجاز فيه عند الشـافعية، وأما عند الحنفية فالنكاح حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد فيكون الحكم عندهم بعكس الشافعية، وهذا فى غير المتزوج، أما المتزوج فيحمل كلامه على الوطء.

٢- لو قال لزوجته: إن رأيت الهلال فأنت طالق، فـرآه غيرها وعلمت به طلقت حملاً له على الشرع، فإن الرؤية فيه بمعنى العلم لقوله ﷺ: «إذا رأيتموه فصوموا»[١] أى إذا رأيتم الهلال فصوموا لأن الرؤيـة فى الشرع علمية بمعنى العلم وليست بصرية، فـيقدم عرف الشرع لأن هذا هو المعتبر.

---

(١) رواه الخمسة إلا النسائى يراجع: نيل الأوطار ٦/ ٤٦.

ثانياً: تعارض العرف مع الشرع فى العموم والخصوص:

فإذا كان اللفظ فى العرف يقتضى العموم وفى الشرع يقتضى الخصوص فيقدم خصوص الشرع فى الأصح.

(أ) فلو حلف لا يأكل لحمًا لم يحنث بأكل الميتة مع أن مدلول اللحم عام يتناول كل لحم أكل أو لم يؤكل، ولكن الشرع خصصه بالمأكول المذكى الذى يحل أكله دون غيره، فالشرع يخصص عموم اللفظ ويقدم على العرف اللغوى.

ومقابل الأصح يحنث بأكل لحم الميتة أخذًا من عموم اللفظ فيقدم على خصوص الشرع، لأن دلالة التخصيص لا يفهمها إلا المتخصصون فيكون الحنث بأكل اللحم مطلقًا ولو كان ميتًا.

(ب) لو أوصى إنسان لأقاربه لم تدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع إذ لا وصية لوارث، فيخصص الشرع عموم اللفظ، ويقدم مدلول الشرع على العرف اللغوى، فلا يستحق القريب الوارث من الوصية شيئًا.

ثالثًا: تعارض العرف مع اللغة:

١- ذهب القاضى حسين إلى القول بأن الحقيقة اللفظية تقدم إذ الأصل فى الكلام الحقيقة ومتى أمكن العمل بالحقيقة سقط العمل بالمجاز لكونه خلفًا عنها[(١)] والحقيقة اللفظية وضع اللفظ بإزاء المعنى.

٢- وقال البغوى[(٢)] بتقديم الحقيقة العرفية على الوضع اللغوى أو عرف اللغة، لأن العرف يحكم فى التصرفات من بيع وشراء ونفقات وغير ذلك مما يدور بين الناس من معاملات وعلى وجه الخصوص فى الإيمان والنذور.

فإذا قال الزوج لزوجته: أنت طالق، وقال: أردت من وثاق، فإن الطلاق بمعنى الإطلاق هو حقيقة لغوية فى الحل من وثاق أو غيره وقد أصبح هذا اللفظ حقيقة عرفية فى حل عصمة النكاح، مجازًا فى حل الوثاق، وحمل اللفظ على حقيقته العرفية أولى من المجاز.

وإذا قال إنسان: نذرت السفر إلى بيت الله الحرام، فإنه يلزمه حجة أو عمرة.

ومن ذلك، لفظ الدابة فهو فى عرف اللغة: يطلق على كل ما يدب على الأرض، وأريد به فى العرف ذوات الأربع.

---

(١) شرح المنار لابن مالك ص١٠٨، ومشكاة الأنوار ص١١٧.

(٢) حاشية اللنكوى على كشف الأسرار للنسفى ١/ ١٨٢، والفروق للقرافى ١/ ١٧١.

ومن ثم فينبـغى أن يقوم العرف فى الاسـتعمـال على اللغة حيث لا توجـد النية لأنه إذا وجدت النية عمل بها[1].

وإنما تركت الحقيـقة اللغوية بدلالة العرف والعادة لأن الكلام موضوع للإفـهام، فإذا كان مستعملاً لشيء عـرفا ونقل عن معناه اللغوى فهذه العادة فى الاستعـمال رجحت إرادته فيترك معناه الحقيقى بدلالة العرف فى الاستعمال.

٣- ويرى الإمام الشافعى: أن تقديم المـعنى العرفى على المعنى اللغوى أو العكس ليس لمجـرد أن هذا لغة وذلك عرف، بل يشـترط تبادر المـعنى عند الإطلاق، فإذا تبـادر المعنى العرفى قدم، وإذا تبادر المـعنى اللغوى قدم ويظهر ذلك فى الأمثلة التى يتعارض فـيها العرف مع اللغة ومنها:

(أ) لو حلف شخص لا يسكن بيتًا، فإن كان بدويًا حنث بغير البيت المبنى كالخيام لأن غير الـمبنى يسمى بيتًـا عندهم، فقد تظاهر فيـه العرف واللغة لأن البدو يـسمون الخيام بـيتًا فالعرف قوى اللغة واللغة قوت العرف.

أما لو كان الشخص الذى حلف من أهل القرى والحضر فـوجهان: فلو اعتبرنا العرف لم يحنث لأن غير المبنى لا يسمى بيتًا عند أهل القرى والحـضر وإن سمى بيتًا فى اللغة العربية، والأصح الحنث ترجيحًا للغة على العرف وهذا إذا لم توجـد عنده نية، فإذا وجدت النية فإنها تحكم.

(ب) ولو تزوج بأربع وقال: زوجـتى طالق، لم تطلق سائر زوجـاته عمـلاً بالعرف، لأن العرف يطلق الزوجـة على الواحدة فقط، وإن كـان وضع اللغة يقتـضى أن الطلاق يكون على الوضع اللغـوى ومع ذلك فـإن من صـدر منه هذا الطلاق يحـرم عليـه إتيـان أى واحـدة من زوجاته، لأن كل واحدة تصلح أن تكون مـطلقة، فإن كانت إحداهن فى نفـسه طلقت حسب نيته وإلا ذهبن إلى المفتى فيطالبه بالتعين.

(جـ) إذا أوصى للفقهاء، فهل يدخل فيـهم المناظرون والباحثون فى أوجه الخلاف، ومن يقارنون بين الآراء؟.

قال صاحب الكافى: يحتمل وجهين لتعارض العـرف واللغة فالفقيه هو من صار الفقه له سجية وملكة، وحقيقة الفقيه اللغوية هو العالم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، والعلوم الشرعية كلها يدخل فيها المناظرة فـإذا وجد عرف يتعارض مع المدلول اللغوى حكم العرف، وحيث لا يوجد تعارض بين العرف واللغة فإن الفـقيه يطلق على غير الخلافى وهو من يجادل ويناظر.

---

(١) أثر العرف فى التشريع الإسلامى ص٧٥، والأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٤.

٢- قاعدة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة، أن الحكم الشرعى إذا بنى على أمر غالب شائع، فإنه يبنى عامًّا للجميع، ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر فى بعض الأفراد، أو فى بعض الأوقات، وتفيد أيضًا: أن الأحكام لا تبنى على الشىء القليل النادر، وإنما تبنى على الغالب الشائع والكثير.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع منتشرة فى الفقه ومن أهمها:

الفرع الأول: أن الزوج ليس له أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا نكحها فيه، وإن أوفاها معجَّل مهرها لغلبة الأضرار فى الأزواج.

الفرع الثانى: ليس للقاضى أن يقضى بعلمه لفساد القضاة غالبًا فوجب الاحتياط بألا يحكم القاضى بعلمه لأن العبرة للكثيرة الغالب، والمظان الكلية هى مناط الأحكام، والمعيار فى ضبط مصالح الناس موضوعى محض غير شخصى، ويدور مع شخص القاضى بخبره وشهادته ولذا فقد عدل المتأخرون من الفقهاء عن قول المتقدمين وأجمعوا على الفتوى بخلافه لعلة واحدة هى فساد الزمان.

وقد قرر الشافعى ذلك بقوله: لولا قضاة السوء لقلت: إن للحاكم أن يحكم بعلمه.

ولقد كان سيد الحكام محمد ﷺ يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم، ويتحقق ذلك ولا يحكم فيهم بعلمه مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة، لئلا يقول الناس: إن محمدًا يقتل أصحابه.

الفرع الثالث: صحح المتأخرون الاستئجار على الإمامة والأذان والتعليم لتكاسل الناس عن القيام بها مجانًا غالبًا، قال ابن العربى: الصحيح جواز أخذ الأجرة على الأذان والصلاة والقضاء وجميع الأعمال الدينية، فإن الخليفة يأخذ أجرته على هذا كله وفى كل واحد منها يأخذ النائب أجرة كما يأخذ المستنيب، فإذا لم يوجد متطوع بذلك فلا بأس بأخذ الأجرة وإعطائها على ذلك لأن الحكم للغالب الشائع لا للنادر القليل.

الفرع الرابع: أن الفقهاء قدروا مدة الإياس من الحيض بخمس وخمسين سنة لأجل أن تعتد، لأن المرأة إذا بلغت هذه السن، ففى الغالب ينقطع حيضها، والأشهر عند الشافعية أن

سن اليأس اثنتان وستون سنة، والأظهر أن بلوغ هذه السن يعتبر أقصى يأس نساء العالم، وإليه ذهب الأكثرون، وقيل: يعتبر إياس أقاربها[١].

وإنما اعتـبر الفقهاء كل هذه الأحكام مع أنه لا شك فى تخلفـها فى بعض الأفراد وبعض الأوقات ولكنهم لم ينظروا إلى هذا وجعلوا العبرة للكثير الغالب[٢].

٣- قاعدة: لا عبرة بالعرف الطارئ

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعبر عن شرط آخر من شروط اعـتبار العرف وهو كونه سابقًا للحكم لا تاليًا له، فلا يجوز أن يحـمل حكم حدث قبلاً على عرف حـدث متأخرًا، لأن النصوص الشـرعية يجب أن تفهم مدلـولاتها اللغوية والعرفيـة فى عصر صدور النص لأنهـا هى مراد الشارع ولا اعتبار بتبدل مفاهيم اللفظ فى الأعراف المتأخرة.

فلو حدث أو طرأ عرف بعـد إنشاء تصرف من التصرفات فلا عـبرة به ولا يقضى به على تصرف سبق، ولا على الذين لم يتـعارفوه، لأننا لو ألزمنا إنسانًا بما جرى به عـرف غير قائم وقت التصرف لألزمناه بما لم يلتزمه.

ولهذا قـال ابن القيم: فإياك أن تهـمل قصد المتكـلم ونيته وعرفـه فتجنى على الشـريعة وتنسب إليها ما هى بريئة منه، وتلزم الحالف والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به[٣].

فروع القاعدة:

من الفروع الفقهـية التى ذكرها الفقهاء فى هذه القاعـدة ما يدخل فى البيع وما لا يدخل، وما يعـد عيبًا فى المبيع ومـا لا يعد وتعجـيل المهر أو تأجيله فى النـكاح وغـير ذلك مـن الأمور فإن العرف الـقائم وقت التصرف هو المحكم دون غيـره من السابق له أو اللاحق عليه ومنها:

الفرع الأول: إذا كان لفظ (فى سبيل الله) ولفظ (ابن السبيل) من آية مصارف الزكاة لهما معنى عرف وقت نزول الآية الكريمة وعرف لفظ (سبـيل الله) على أنه مصالح الجهاد الشرعى وعرف لفظ (ابن السبيل) على من ينقطع من الناس فى الـسفر، ثم تبدل عرف الناس فى شىء من هذه الألفاظ، فـأصبح سبيل الله مـعناه: طلب العلم خاصة، وابن السـبيل على أنه الطفل اللقيط فإن النص الشرعى يبقى محـمولاً على معناه العرفى الأول الذى عرف به صدوره وكان

---

(١) المهذب ٤/ ٥٣٧.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٣٦.

(٣) إعلام الموقعين ٣/ ٦٨، والموافقات للشاطبى ٢/ ٢٩٧، ٢٩٨.

معمولاً به في حدود ذلك المعنى الأول لا غير، ولا عبرة للمعانى العرفية أو الاصطلاحية الطارئة[١].

الفرع الثانى: أنه لو كان العرف فى بلد قائم على بيع رأس الغنم وأكله فقال الزوج لزوجته: إن أكلت رأسًا فأنت طالق، ثم تغير العرف وتعارف الناس فى هذه البلد على أكل رأس البقر فأكلت بعد تبدل العرف رأس البقر فلا يقع الطلاق لأن اليمين انعقدت على رأس الغنم بحسب العرف المقارن فالعبرة تكون بالعرف المقارن دون المتأخر لأن انعقاده إنما هو على العرف المقارن لا على الحادث بعده، ومن ثم قالوا: لا يقع الطلاق.

٤- قاعدة: الحقيقة تترك بدلالة العادة

معنى القاعدة:

هذه القاعدة يدخل معناها تحت مسألة تعارض اللغة مع العرف، والحقيقة فى اللغة مأخوذة من حق الشيء إذا ثبت.

والمراد بالحقيقة هنا: دلالة اللفظ المتسعمل فيما وضع له فى اصطلاح التخاطب بحيث يدل عليه بغير قرينة، سواء كان التعيين من جهة واضع اللغة، فيكون حقيقة لغوية، أو غيره فيكون حقيقة عرفية أو شرعية.

فالحقيقة ثلاثة أنواع: حقيقة لغوية وفى مقابلها مجاز لغوى، وحقيقة شرعية وفى مقابلها مجاز شرعى، وحقيقة عرفية وفى مقابلها مجاز عرفى.

والحقيقة اللغوية هى أصل الحقائق الثلاث، لأن اللفظ وضع أولاً للمعنى اللغوى ثم جاء الشرع فنقل ألفاظًا كثيرة ليؤدى بها معنى من المعانى الشرعية لوجود علاقة بين المعنى اللغوى والشرعى، كما نقل أهل العرف العام أو الخاص بعض الألفاظ، استعملوها فيما تعارفوه بينهم فأصبحت هذه الألفاظ مجازًا فى اللغة وحقيقة شرعية، أو عرفًا شرعيًا أو حقيقة عرفية أو عرفًا فى الاستعمال عامًا أو خاصًا.

يقول ابن الحاجب فى تقرير هذه القضية: «إن الألفاظ التى استعملها الشرع مجازات لغوية ثم اشتهرت فصارت حقائق شرعية»[٢].

وقد ثبتت الحقائق الشرعية بالاستقراء، لأننا لما استقرأنا لفظ الصلاة والزكاة والصيام والحج، وجدناها استعملت فى لسان الشرع للعبادات، فالصلاة: اسم للدعاء، ثم سمى بها العبادة المعلومة، مجازًا فى اللغة، وحقيقة شرعية، أو عرفًا شرعيًا، سواء كان فيها دعاء أو لم

(١) المدخل الفقهى العام ص٦٠٧.

(٢) ابن الحاجب ١/ ١٣٧.

يكن فيها دعاء كصلاة الأخرس حيث إنهـا شرعت لذكر الله تعالى، لقوله سبحانه: ﴿وَأَقِـمِ الصَّلاةَ لِذِكْرِي﴾ (طه: ١٤).

والحج فى اللغة: القصد، ثم صار اسـمًا لعبادة معلومة، مجازًا فى اللغة وعـرفًا شرعيًا، وكذلك العمـرة فهى فى الأصل الزيارة ثم صارت اسمًا لزيارة مـخصوصة بشرائطهـا وأركانها المعلومة شرعًا.

والزكاة فى الأصل: النماء ثم صارت اسمًا للمعنى الشرعى، وهو أداء بعض المال النامى بوجه مخصوص أتت به الشريعة.

والصوم: فإنه فى اللغة: مطلق الإمساك، وفى الشرع خصص بنوع من الإمساك[1].

وإذا كان الأصل فى الكلام الحقيقة، فالواجب استعمال اللفظ فى معناه الحقيقى ولكن قد يهجر المعنى الحقيـقى عرفًا وعادة فيكون الحكم فى ذلك متعذرًا أو كالمتعذر فـتترك الحقيقة اللفظية بدلالة العرف والعادة على اسـتعمال هذا اللفظ استعمالاً مغايـرًا لمعناه الحقيقى ويبنى الحكم على المـعنى الذى دل عليـه العرف والعـادة، وإذا دار الأمر بـين الحقـيقـة والمجـاز ترجحت الحقيقة، لكن المراد بالحقيقة المـذكورة فى هذه القاعدة هى الحقيقة المهجورة ومع هذا فإنها تترك بدلالة العـرف والعادة، فظهر بهذه القاعدة أن تحكيم العادة والعـمل باستعمال الناس لا تقوى الحقيقة على معارضتهما بل يعمل بهما دونها.

فمـثلا لو حلف لا يضع قدمـه فى دار فلان فإنه ينـصرف المعنى إلى الدخـول بأى وجه كان، راكبًا أو مـاشيًا، أو حافيا أو متنعـلاً لأنه هو المتعارف لا المعنى الحقيـقى وهو مباشرة القدم دخل أو لم يدخل لأن هذا المعنى مهجور عرفًا، والعرف قاض على الوضع اللغوى وقد تركت الحقيقة هنا بدلالة العرف والعادة.

٥- قاعدة: الكتاب كالخطاب

١- شرح القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن العبـارات الكتابية كالمخاطبات الشفهيـة فما يترتب على المكالمات الشفوية يترتب على المكالمات الكتابية.

ولهذا قيل: القلم أحد اللسانين، والكتـابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، وكل كتاب يحرر على الوجه المتعارف عليه بين الناس يكون حجة على كاتبه كالنطق باللسان.

---

(١) شرح المحلى على جمع الجوامع ١/ ٢٢٦.

شروط الكتابة المقبولة:

تكون الكتابة مقبولة وفى حكم الخطاب إذا كانت مستبينة، وعلى الوجه المتعارف عليه بين الناس واعتادوا عليه، وإلا فلا يعمل بها.

وهى حجة ويعمل بها بشرط النية والإشهاد على ما فى الكتاب، والظاهر أنه يكون مزيلاً بإمضائه أو ختمه.

ولا يشترط ذلك فى خط السماسرة والتجار والصيارفة لأنهم يكتبون ما عليهم فى دفاترهم فيعمل به وإن لم يقل من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان.

وعلى هذا فإن الكتابة فى سائر التصرفات المالية من بيع وإجارة وكفالة وحوالة يحكم بصحتها إذا تم القبول فى مجلس قراءة الكتاب أو خاطبه بالقبول هاتفيّا.

والأمر فى النكاح كذلك غير أن صحة عقد النكاح تتوقف على أن يقرأ المكتوب إليه الكتاب ويعلن الموافقة فى حضور الشهود.

والفرق بين الكتاب والخطاب على ما ذكره شيخ الإسلام (خواهر زاده) فى المبسوط، حيث قال: الكتاب والخطاب سواء إلا أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ثم أجابت فى مجلس آخر فإن النكاح لا يصح، وفى الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تعلن موافقتها فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود وقد سمعوا كلامها وما فى الكتاب فإنه يصح النكاح، لأن الغائب إنما صار خاطبًا لها بالكتاب، والكتاب باق فى المجلس الثانى، فصار بقاء الكتاب فى مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه فى المجلس الثانى بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر.

فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطبًا لها بالكلام وما جد من الكلام لا يبقى إلى المجلس التالى، وإنما سمع الشهود فى المجلس الثانى أحد شطرى العقد[١].

٦- قاعدة: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن إشارة الأخرس معتبرة كبيان الناطق فى بناء الأحكام عليها تسهيلاً عليه فى قضاء مصالحه لعجزه عن النطق سواء كان عالمًا بالكتابة أو غير عالم، وسواء كانت إشارته باليد أوالعين أو الحاجب ما دامت معهودة منه ويفهمها الآخرون، لأن الكتابة والإشارة المفهمة بدرجة سواء من حيث الدلالة على المراد.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٣٥٠.

ما تعتبر فيه إشارة الأخرس:

تعتبر إشارة الأخرس فى كل تصرفاته، ومعاملاته، من نكاح وطلاق، وبيع وشراء، ورهن وإبراء، وإقرار، ويمين، ونكول، ووصية وغير ذلك من سائر الأحكام، وهذا من باب الاستحسان لما يصيب الأخرس من ضرر وحرج لو لم تعتبر إشارته.

كما أن الشارع الحكيم اعتبر إشارة الأخرس فى العبادات، فإذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كانت عبادته صحيحة كما صحت معاملاته تيسيرًا عليه ورفعًا لما يقع فيه من حرج.

وإذا كانت الإشارة فى بعض الأحيان تقبل، وتكون بيانًا من القارد على النطق فى بعض المواضع، فالعاجز ـ وهو الأخرس المعقود اللسان خلقة أو عاهة دائمة ـ أولى أن تقبل إشارته وتكون بيانًا لما يريد.

فقد ثبت أن رسول الله ﷺ وهو أفصح العرب والعجم قد أنبأنا بالإشارة عدد أيام الشهر حينما قال: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا ثم عقد إبهامه فى الثالثة، ويشير بيده أنه تسعة وعشرون ليلة فلا تصوموا حتى تروه، فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين»[(١)].

فالمعتمد عليه فى ثبوت الشهر رؤية الهلال أو كمال الثلاثين يومًا، قال ابن دقيق العيد: إن الحساب لا يجوز أن يعتمد عليه فى الصوم لمقارنة القمر للشمس على ما يراه المنجمون، فإنهم قد يقدمون الشهر بالحساب على أن الهلال قد طلع على وجه يرى ولكن وجد مانع من رؤيته كالغيم فهذا يقتضى الوجوب لوجود السبب الشرعى وهذا فى نظر أهل التنجيم لكن قبول ذلك يتوقف على صدق المخبر به، فإذا لم نجزم بصدقه فلا اعتبار بقوله[(٢)].

ومن الدلائل على اعتبار إشارة الأخرس أن الكتاب من الغائب معتبر كالخطاب وهو قادر على الحضور فأولى أن تعتبر إشارة الأخرس لعجزه وعدم قدرته على الكلام والتعبير عن إرادته فكانت إشارته كالبيان من الناطق.

متى لا يعتد بإشارة الأخرس؟:

إذا كانت إشارة الأخرس معتبرة فى عباداته ومعاملاته كلها فإنها فى الحدود والعقوبات الخالصة لله تعالى لا تكون معتبرة بناء على قاعدة: «وجوب درء الحدود بالشبهات».

فإنه عملاً بهذه القاعدة، فالأخرس لا يُحَدُّ ولا يُحَدُّ له، فإن كان قاذفًا فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا، وإن كان مقذوفًا فلعله كان بإيمائه مصدقًا للقاذف فلا يتيقن بطلبه الحد.

---

(١) رواه البخارى ومسلم يراجع: نيل الأوطار ٤/ ٢١٢، ٢١٣.

(٢) يراجع: التلخيص الحبير لابن حجر ٢/ ١٨٧، ١٨٨.

والحدود إنما شرعت زاجرة، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة، بخلاف القصاص فإنه فيه معنى المعاوضة.

ويرى الشافعية أن إشارة الأخرس تعتبر فى القذف بشرط أن تكون معهودة، فلو لم تكن معهودة ومعلومة عند القاضى لزم استفسار القاضى ممن يعرف إشاراته من نحو أصحابه وجيرانه وأقربائه، ويشترط أن يكون المترجم لإشارته عدلاً لأن الفاسق لا يعتد بكلامه، فكيف بإشارته فإنه لا يعتد بها من باب أولى.

ما يستثنى من القاعدة:

(أ) يستثنى من قاعدة إشارة الأخرس، الحدود والعقوبات الخالصة لله تعالى لدخولها تحت قاعدة وجوب درء الحدود بالشبهات.

(ب) ويستثنى منها: إسلام الأخرس فلا يصح بالإشارة حتى يصلى بعدها، وإن كان الصحيح أن يصح إسلامه بها وحمل القول بعدم الصحة على ما إذا لم تكن إشارته مفهمة(١).

٧- قاعدة: المعروف عرفا كالمشروط شرطا

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن ما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم، وإن لم يذكر صريحًا هو قائم مقام الشرط فى الالتزامات، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، إذا لم يكن مناقضًا للشرع.

فروع القاعدة:

من فروع هذه القاعدة:

الفرع الأول: أن من اشترى سيارة دخل فيها توابعها التى لا ذكر لها فى العقد كعدتها ومفاتيحها وعجلتها الاحتياطى وإن لم تذكر فى العقد للعرف الجارى والعادة المتبعة

الفرع الثانى: لو عمل شخص لآخر عملاً، ولم يتفقا على الأجر، فللعامل أجرة المثل إن كان معروفًا بين الناس أن يعمل بالأجرة، فإن لم يكن هذا الإنسان معروفًا بين الناس بذلك فلا أجرة له.

الفرع الثالث: لو اشترى شخص من آخر شيئًا بعشرة ولم يعين نوع العملة يرجع إلى العملة المتداولة فى تلك المنطقة.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٦ وابن نجيم ص٩٩.

الفرع الرابع: لو سكن شخص بيتًا أعده صاحبه للسكنى من غير إذنه أو سكن بإذنه من غير عقد ولا اتفاق على أجرة معينة لزم أن يدفع أجرة المثل بحسب العادة الجارية(١).

٨- قاعدة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

وفى معناها: الثابت بالعرف كالثابت بالنص

١- شرح القاعدة:

هذه القاعدة وما ورد فى معناها تبين أن العرف دليل يثبت به الحكم كالنص حيث لا يوجد نص، فيكون ما ثبت بالعرف كأنه منصوص فى العقد، والعرف يقوم مقام الشرط، فى المعاملات.

من تطبيقات هذه القاعدة بالإضافة إلى الفرع الذى سبق ذكره فى قاعدة المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا أن الانتفاع بالأعيان المؤجرة والمستعارة إذا لم يبين فى العقد فإن العرف يعين كيفية الانتفاع بها ويكون الانتفاع بحسب العرف والعادة الجارية بين الناس ما لم يوجد شرط يخالف ذلك.

٩- قاعدة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

معنى القاعدة:

هذه القاعدة فى معنى القاعدتين السابقتين لا تفترق عنهما إلا أن السابقتين فى مطلق العرف، وهذه خاصة فى عرف التجار فإنها تعبر عن العرف الخاص لطائفتهم وهى داخلة تحت القاعدتين السابقتين، فيكون ذكرها من قبيل ذكر الأخص بعد الأعم اهتمامًا بشأن المعاملات التجارية، ولبيان أن ما يقع بين التجار من المعاملات التجارية أو بين غيرهم من العقود والمعاملات التى هى من نوع التجارة ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة الجارية بين التجار، فإذا وقع التعارف بينهم على شىء غير مصادم للنص يتبع وينصرف إليه التعامل عند الإطلاق، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه.

فروع القاعدة:

من الفروع التى تندرج تحت هذه القاعدة:

الفرع الأول: لو تبايع تاجران شيئًا ولم يصرحا فى صلب العقد أن الثمن نقدٌ أو نسيئة، فإن عقد البيع وإن كان مقتضاه نقد الثمن حالاً إلا أنهم إذا تعارفوا على ذلك الشىء يؤدى ثمنه

---

(١) شرح القواعد الفقهية ص١٨٣، الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩، والمجلة العدلية مادة: ٤٥، فقرة ٦١٢.

بعد أسبوع أو شهر أو مقسطًا لا يلزم المشترى أداء الثمن حالاً، وينصرف إلى عرفهم وعادتهم فى الأجل لأن المعروف بينهم كالمشروط.

الفرع الثانى: من العرف الجارى أن المستفيد من سند الآمر إذا وقع فى ظهره توقيعًا مجردًا على بياض وسلمه لشخص كان ذلك التوقيع حوالة منه إلى المستلم أو إلى من يختاره المستلم.

الفرع الثالث: إذا وقع شخص على صك يعتبر رضى بالعقد فى عرف الناس اليوم لأن التوقيع إنما يوضع عادة للتعبير عن الرضا والموافقة[1].

١٠- قاعدة: كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فى الشرع ولا فى اللغة يرجع فيه إلى العرف

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن كل شىء ورد به الشرع مطلقًا من غير تحديد أو تقييد أو تقدير، وليس له ضابط يحمل عليه شرعى ولا لغوى فالعرف هو المحكم فيه تيسيرًا على الناس ورحمة بهم ورعاية لمصالحهم لكى يتمكن كل مكلف من القيام بما كلفه الشارع به بحسب قدرته وطاقته دفعًا للحرج والمشقة عنهم.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع عدة نختار من بينها الفروع الآتية:

الفرع الأول: الاكتفاء فى نية الصلاة بالمقارنة العرفية بحيث يعد متسحضرًا لنية الصلاة على ما اختاره الإمام النووى وغيره.

الفرع الثانى: الحرز فى السرقة والتفرق فى البيع يرجع فيه إلى العرف.

الفرع الثالث: وقت الحيض وقدره، يرجع فيه إلى العرف.

الفرع الرابع: إحياء الموات، يرجع فيه إلى العرف.

الفرع الخامس: الاستيلاء فى الغصب أى اعتبار الغاصب مستوليًا على ما غصبه يرجع فيه إلى العرف[2].

مستثنيات القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة بعض الفروع أخذت حكمًا غير حكم القاعدة منها:

الفرع الأول: المعاطاة على ما ذهب إليه الشافعية، لا يصح البيع بها ولو اعتاد الناس على ذلك، خلافًا لما قاله النووى من صحة انعقاد البيع بالمعاطاة، إعمالاً للقاعدة.

(١) المدخل الفقهى، الفقرات ص٤٣، ٤٥. (٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٨.

الفرع الـثانى: دخول الحمَّام فإنه يوجب الأجـرة وإن لم يجر لها ذكر قطعًا، لأن الداخل مستوف لمنفعة الحمَّام بسكوته وصاحب المنفعة قد استوفاها.

الفرع الثالث: إذا دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه، أو جلس بين يدى حلاق فحلق رأسه، أو دلاك فدلكه أو دخل سفينة بإذن وسار إلى الساحل، فلا يوجب الأجرة، خلافًا للقاعدة[١].

١٠- قاعدة: ما يعاف فى العادات يكره فى العبادات

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن ما تعافه النفـوس فى العادة يكون مكروهًا فى الشرع غالبًا، وما عداه فهو نادر والحكم للغالب وأما النادر فلا حكم له[٢].

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع عدة ومنها:

الفـرع الأول: الأوانى المعدة للنجاسات، والمستقذرات، فإنه مما تعافها النفوس، فيكره استعمالها فى الطهارات، والمطعومات وغيرها من الأشياء المحترمة.

الفـرع الـثـانى: المراحيض، تكره الصلاة فـيها، لأنها موضع مستقذر غـالبا والصلاة لها حرمة، كما تكره الصلاة فى المكان المعد لقضاء حاجة الإنسان، كما تكره الصلاة فى معاطن الإبل وهى الأماكن التى تبيت فيها، وفى المقبرة.

الفرع الثالث: يكره الوضوء والغسل من الماء المتسعمل لأن النفوس تعافه فى العادة.

ومثل هذه القاعدة: المستقذر شرعًا كالمـستقذر حسّا، ومن فروعها: الرجوع فى الصدقة بعد إخراجها للفقير.

١١- قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن الأحكام الشرعية الاجتهـادية تتغير بتغير الأوضاع والأحوال الزمنية، فإذا كان الناس لهم عـرف وعادة يستدعيـان حكمًا ثم تغير إلى عرف وعـادة أخرى فإن لذلك تأثيراً كبيراً فى تغير الحكم إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرف الناس وعادتهم.

والذى يتغيـر كيفية العمل بمـقتضى الحكم عند اختلاف الأوضاع والأحـوال الزمنية، أما النص نفســه فلا يتغـير، فالنص ثابت لا يتـغير، فالـشارع الحكيم قد أثبت خـيار الرؤية لمن

---

(١) [illegible]باه والنظائر للسيوطى ص٩٩.

(٢) [illegible]ر فى القواعد للزركشى ٣/ ٢٤٦، والفروق للقرافى ٣/ ٣٠٣، والقواعد للشيخ الندوى ص١٦٤.

اشترى شيئًا لم يره، بنص حديث النبى ﷺ : «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[١] ولما كانت الدور تبنى على نظام واحد ونمط لا يتغير لذلك قال الفقهاء: يكفى لسقوط خيار الرؤية أن يرى المشترى بيتا واحدًا من البيوت حيث جرت العادة بذلك.

فلما اختلفت طرز الإنشاءات، وصارت الدور تبنى على كيفيات مختلفة رجح المتأخرون قول زفر وهو أنه لا بد من رؤية كل البيوت حتى يسقط خيار الرؤية.

وهذا ليس اختلاف حجة وبرهان، بقدر ما هو اختلاف عصر وأوان، وهذا مسلم به، وهو سنة من سنن الله فى تشريعه لعباده، فإنه تعالى حين بدأ خلق الإنسان، وكان الحال ضيقًا لقلة عدد الذرية أباح سبحانه نكاح الأخت لأخيها، ووسع فى أشياء كثيرة توسعة على العباد ودفعا للحرج عنهم، وبقى الحال على ذلك إلى أن حصل الاتساع وكثرت الذرية، فحرم ذلك فى زمن بنى إسرائيل كما حرم يوم السبت والشحم، ولحوم الإبل وحرم أمورًا كثيرة.

وكانت توبة الإنسان بقتله نفسه، وإزالة النجاسة بقطعها، إلى غير ذلك من التشديدات، ثم لما جاء آخر الزمان وضعف التحمل وقل الجلد لطف الله بعباده وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات، ورفع تلك التكليفات، وقبول التوبات، وكل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان، وتلك سنة الله الجارية فى خلقه.

عوامل تغير الأحكام نوعان:

الأول: فساد الزمان وانحراف أهله عن الجادة.

الثانى: تغير العبادات، وتبدل الأعراف وتطور الزمن.

وهذه الأحكام التى تتغير بتغير الأزمان لا بد أن تكون بحال تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار أو تكون بحال لا تشهد عليها بالإبطال إذا لم تشهد لها بالاعتبار.

بمعنى أن تكون من جملة المصالح المرسلة، التى سكت عنها الشرع ولم يشهد لها بالاعتبار ولا بالإلغاء، ولوحظ فيها جهة منفعة، فهذه هى التى يجوز العمل بها، وإن لم يتقدمها نظير فى الشرع يشهد لها بالاعتبار.

ومن الأمثلة لذلك: ترك الخلافة شورى بين ستة، وكتدوين الدواوين، وضرب العملة، واتخاذ السجون، وغير ذلك كثير مما دعا إليه سنة تغير الأحوال والأزمان ولم يتقدم فيه أمر من الشارع، وليس له نظير يلحق به ولوحظ فيه جهة مصلحة[٢]، وقد فعل عمر بن عبد العزيز ذلك وأكثر منه وقال: ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

---

(١) أخرجه الدارقطنى وابن أبى شيبة فى مصنفه والبيهقى فى سننه وفى سنده مقال (نصب الراية ص٩).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٢٨، بتصرف.

شروط العمل بالمصلحة:

وقد وضع الفقهاء شروطًا ضبطوا بها العمل بالمصلحة وهى:

(أ) أن تكون المصلحة حقيقيـة لا وهمية، أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعًا أو يدفع ضررًا، وكذلك كل مصلحة يريد الشارع تحقيقها.

(ب) أن تكون هذه المصلحة الحـقيقية عامـة، أى ليست مصلحة شخـصية وبناء الحكم عليها يجلب نفعًا لأغلب الناس أو يدفع ضررًا لأكثرهم.

(جـ) أن تكون هذه المصلحة لا يعارض الأخذ بها نصّا ولا إجماعًا، فإذا عارضت النص والإجماع فهى فى الغالب مـصلحة وهمية ولا يعدل عن المصلحة الحقـيقية التى ثبتت بالنص والإجماع إلى مصلحة وهمية.

فروع القاعدة:

يندرج تحت هذه القاعدة، فروع عدة متنوعة ومن أهمها:

الفـرع الأول: ما ذكره ابن فرحون أن الإمام مالكًا قال: إنه يلزم الزوج بنفقة العروس إذا كان العرف قد جرى بذلك، ولا يلزمه شىء منه إذا لم يجر به عرف الناس وعادتهم.

ولما تحـاكم الغزالون إلى شريح القـاضى وقالوا: إن سنتنا بيننا كذا وكـذا، قال: سنتكم بينكم أى أن سنتكم هى القاضية بينكم[١].

الفرع الثانى: أن المطلّق فى زمن النبى ﷺ، وزمن أبى بكر وصدر من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، إذا جمع الطلاق الثلاث بلفظ واحد فإنه يقـع واحدة كما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: «طلق أبو ركانة امـرأته فى مجلس واحد ثلاثًا فحزن عليهـا، فقال له رسول الله ﷺ: راجع امرأتك فقال: إنى طلقتها ثلاثًا، قال: قد علمت فراجعها»[٢].

ثم ذهب عمر وابن عباس وعائشة والأئمـة الأربعة إلى أنه يقع به الثلاث وقد أمضى عمر رضي الله عنه إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ الـثلاث ثلاثًا معللاً ذلك بقوله: «إن الناس قد اسـتعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم»[٣].

وعـمر لم يخف عليـه أن الطلاق بلفظ الثـلاث واحدة هو الـسُّنَّة، وأنه توسعـة من الله لعباده، وأن لفظ الحـديث دليل على إرسال الثلاث فى لفظ واحد يكـون طلقة واحدة، ولكن أمير المؤمنين رأى أن الناس قد استهانوا بأمـر الطلاق وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة فرأى من

---

(١) تبصرة الحكام ٢/ ٦٦.
(٢) سبل السلام ٣/ ١٧٤.
(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٤١، ٤٢ دار الفكر بيروت.

المصلحة عقوبتهم به وإمضاءه عليهم ليعلموا أن واحداً منهم إذا أوقعه جملة بانت منه امرأته وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره[(١)].

وكان القصد من هذا الحكم أن يكون زجراً عن استرسال الناس فى الطلاق الذى تتابع فيه الناس، وقد تحقق المقصود من ذلك فى زمن الخليفة عمر لأن الناس فى زمنه قد تلاعبوا بألفاظ الطلاق، وطلقوا على غير السنة فألزمهم عمر به عقوبة لهم على ما فعلوا.

ولما علم الصحابة ﷺ حسن سياسة عمر وتأديبه لرعيته فى ذلك فوافقوه على ما ألزم به الناس وصرحوا لمن استفتاهم بذلك، لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس فى إيقاع الثلاث لا يندفع إلا بإمضائها عليهم[(٢)].

وقد رأى كثير من الفقهاء أن الأمور تغيرت ولم يعد هذا التقييد فى الطلاق مفيداً، فيجب أن تعود الفتوى إلى ما كانت عليه فى عهد رسول الله ﷺ ومنهم أهل الظاهر.

الفرع الثالث: أن كتابة القرآن الكريم فى الورق ثم طباعته بعد ذلك فى المصاحف، وإنشاء المدارس ومراحل التعليم المختلفة والجامعات بأنواعها، وإنشاء المحاكم والمستشفيات، والوزارات المتخصصة، واعتبار عقد الملكية من حين التسجيل ولو لم يستلم المشترى العقار أو يخليه له البائع.

فهذا مما يدل على أنها ما وضعت إلا لمصلحة الناس وضبط معاملاتهم التى يجب أن تخضع لأعراف الناس وأنها تختلف باختلاف الأحوال وتغير الزمان.

الفرع الرابع: أن النبى ﷺ نهى عن كتابة الحديث، ثم انصرف العلماء إلى تدوين السنَّة بأمر عمر بن عبد العزيز.

الفرع الخامس: أن المدين تنفذ تصرفاته فى أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها باعتبار أن الديون تتعلق بذمة المدين، فتبقى أعيان أمواله حرة فينفذ فيها تصرفه ولكن لما فسد الزمان وخربت الذمم وكثر الطمع وقل الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية والحنابلة فى وجه[(٣)] بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أموال المدين.

الفرع السادس: أنه قد أفتى المتأخرون بتضمين الساعى بالفساد لتبدل أحوال الناس مع أن الأصل أن يكون الضمان على المباشر دون المتسبب، وهذا من باب الزجر للمفسدين.

---

(١) أثر العرف فى التشريع الإسلامى ص١١٥.

(٢) إعلام الموقعين ٣/ ٥٢، ٥٣، والسياسة الشرعية ص١٨، ١٩، وزاد المعاد ٢/ ٧٣.

(٣) القواعد لابن رجب القاعدة: ١١.

فثبت بذلك أن أحكام الشريعة تختلف باختلاف الأحوال والأعراف والحاجة والمصلحة، ودفع الضرر والمشقة.

الفرع السابع: أنه لما قدم عمر ﷺ إلى الشام ووجد معاوية بن أبى سفيان قد اتخذ له حجابًا واتخذ المراتب النفيسة والثياب الغالية وسلك مسلكًا لم يسلكه حكام المسلمين قبله سأله عمر عن سبب هذا فقال: إنا بأرض نحن محتاجون فيها لهذا، فقال عمر: لا آمرك ولا أنهاك.

ومعناه كما قال القرافى: «أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسنًا أو غير محتاج فيكون قبيحًا، فدل على أن أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلف باختلاف العصور والأمصار والظروف والأحوال(١).

الفرع الثامن: أن أمير المؤمنين على بن أبى طالب قال: قلت يا رسول الله: إذا بعثتنى فى شيء أكون كالسكَّة المحماة أى كالعملة المضروبة للتعامل لا تتغير فى ذاتها أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب فقال ﷺ: بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب، فدل ذلك على أن الحكم يتبدل بتبدل وتغير الزمان والأحوال(٢).

الفرع التاسع: أن الأئمة أفتوا بجواز الاستئجار على تعليم القرآن الكريم لانقطاع عطايا المعلمين التى كانت فى الصدر الأول، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين.

فأفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والقضاء مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه الفقهاء فى عصور الإسلام الأولى حيث قالوا بعدم جواز أخذ الأجرة عليه لأنه طاعة كبقية الطاعات من الصلاة والصوم والحج والعمرة وقراءة القرآن والأذان والقضاء كذلك لكن لما تغيرت الظروف والعادات وتطور الزمن لزم تغير الحكم تبعًا لذلك.

الفرع العاشر: أن المرأة يجوز لها أن تزوج نفسها من غير ولى فى ظاهر الرواية عند الحنفية، وفيه قول ضعيف وهو أن المرأة لا تزوج نفسها إلا بولى، فلما رأى المتأخرون فساد الزمان وتغير الأحوال أفتوا بعدم صحة نكاح المرأة إلا بولى فى غير كفء.

كل هذا يدل على مقدار فهم الفقهاء واحترامهم للعرف فسلكوا هذا المسلك فى النظر إلى الأحكام التى تثبت بالاجتهاد ومعللة بالعرف ومراعاة المصالح والضرورات فى هذه الأحكام فأنزلوا الأحكام الشرعية على حسب الواقع حتى لا يجمد الفقه أمام ما يجد من حوادث بحسب اختلاف الأحوال وتغير الزمن.

---

(١) الفروق ٤/ ٢٠٣. (٢) الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ٢/ ٢٤١.

وهذه الأحكام لم تتغير وإنما الذى تغير وتبدل هو مناط الحكم فإذا ارتفع المناط ارتفع الحكم لعدم مناسبته وملاءمته.

الفرع الحادى عشر: أن عمر بن الخطاب ﷺ كان يحلق الرأس وينفى ويضرب ويحرق حوانيت الخمارين، والقرى التى تباع فيها الخمر، وحرق قصر سعد بن أبى وقاص فى الكوفة لما احتجب عن الرعية.

وكان عمر له فى التعزير اجتهاد وافقه عليه الصحابة لحدوث أسباب اقتضته لم يكن مثلها فى زمن رسول الله ﷺ أو كانت ولكن الناس زادوا عليها وتتابعوا فيها، فقد زاد عمر فى حد الخمر لما زادوا فى شربها وتتابعوا فيه عما كان عليه الحال فى عهد رسول الله ﷺ فجعل عمر حد الخمر ثمانين ونفى فيه، وهذا باب واسع وقع فيه الاشتباه على كثير من الناس تبعًا لاختلاف المصالح وجودًا وعدما[1].

الفرع الثانى عشر: أن سيدنا عمر بن الخطاب أوقف سهم المؤلفة قلوبهم وذلك لأن الله قد أعز الإسلام، ولم يكن هذا نسخًا من سيدنا عمر ﷺ ولكنه رأى أن العلة قد انتفت، وهذا يعنى أن المسلمين لو أصبحوا أذلاء فى زمن من الأزمنة جاز إعمال سهم المؤلفة قلوبهم.

الفرع الثالث عشر: أنه من الأحكام التى تتغير بتغير العرف وجوب النفقة وتعجيل المهر أو تأجيله فى النكاح وهكذا فإن العرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة فى علاقات الناس ومعاملاتهم التى تجرى بينهم ولا بد من مراعاة هذا التغير ليستطيع المسلمون مواجهة أمور الحياة.

الأحكام الثابتة والمتغيرة:

الشريعة جمعت بين نوعين من الأحكام:

النوع الأول: أحكام ثابتة لا يعتريها تغيير ولا تبديل باعتبار الأزمنة والأمكنة ولا محل للاجتهاد فيها وهى وجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحوها فهذه الأحكام لا يتطرق إليها تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه هذا النوع من الأحكام.

النوع الثانى: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانًا ومكانًا وتغير الأحوال والأعراف والعادات مع المحافظة على مبادئ الشرع وقواعده، ومنها تقادير الأشياء وصفاتها، فإن الشرع يتنوع فيها بحسب المصلحة فشرع التعزير بالقتل لمدمن الخمر فى المرة الرابعة، وعزم على

(١) إغاثة اللهفان من مكايد الشيطان لابن القيم ١/ ٣٤٦ وما بعدها.

التعزير بحرق البيوت على المتخلف عن حضور الجماعة لو ما منعه من تعدى العقوبة إلى غير من يستحقها من النساء والذرية، وعزر بالعقوبات المالية فى عدة مواضع(١).

معنى ثبات الأحكام:

إن الشريعة الإلهية موصوفة بصفة الثبات والبقاء... فهى ثابتة محكمة لم تنسخ، ولها صفة البقاء والدوام إلى يوم القيامة فلا تغيير لها ولا تبديل ما دامت الأرض والسماوات.

والمقصود من تغير الأحكام: هو انتقالها من حالة إلى حالة أخرى مغايرة عنها، ككونها مشروعة إلى حالة كونها ممنوعة، أو تكون ممنوعة فتصبح مشروعة باختلاف درجات المشروعية والمنع، وليس معنى التغير إلغاء الكل، لأن الشريعة جاءت أبدية(٢).

الفرق بين التغيير والنسخ:

(أ) أما النسخ فلا يملكه إلا الله تعالى وحده أو رسوله لأنه لا ينطق عن الهوى ولذلك أضافه المولى سبحانه إلى نفسه فقال عز وجل: ﴿مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلِهَا﴾ (البقرة: ١٠٦).

قال الآمدى فى بيان حقيقة النسخ: «إن الناسخ فى الحقيقة إنما هو الله تعالى، وإن خطابه الدال على ارتفاع الحكم هو النسخ»(٣).

أما تغيير الأحكام بتغير الظروف الزمانية والمكانية لمراعاة المصالح وأحوال الناس، فهذه أمور يترك تقديرها إلى المجتهدين فيغيرون الحكم تبعًا لتغيرها، لأن المصالح مبنية على العلة التى يدور معها الحكم وجودًا وعدمًا، فإذا وجدت وجد الحكم وإذا انتفت انتفى، وإذا عادت عاد الحكم.

فالمجتهد ينظر فى هذه مبتغيًا الحكمة العامة فى تشريع أحكام الله لعباده وهى مراعاة المصلحة التى تحقق جلب نفع خالص أو راجح أو درء المفاسد الخالصة أو الراجحة، والتى لا تتصادم مع الشريعة وروحها، ولا تخرج عن إطارها العام، ولما كان النسخ لا يملكه إلا الشارع الحكيم، فليس لأى كائن من كان أن ينسخ غير الذى نسخه الشارع ولا أن يثبت ما نسخه، ولهذا فإن النسخ لا يكون إلا فى زمن الوحى.

ولذا قال ابن حزم الظاهرى: «لا يحل لمسلم يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقول فى شيء

---

(١) المرجع السابق.

(٢) تغير الأحكام فى الشريعة الإسلامية للدكتور إسماعيل كوكسال ص٢٧ مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

(٣) الإحكام للآمدى ٣/ ٧٥.

من القرآن والسنة: هذا منسوخ، إلا بيقين، لأن الله عز وجل يقول: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلاَّ لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ﴾ (النساء: ٦٤).

(ب) أن النسخ قد وقع فى العبادات والمعاملات والمقدرات وغير ذلك من فروع الشريعة، أما تغير الأحكام بتغير الدواعى والأسباب، فإن النوع الأول لا يدخل أحكامًا جاءت إلينا فى الشريعة على أنها شرع قطعى ثابت ومستقر دائم، وذلك كأحكام العبادات والمقدرات فى الشرع والحدود والكفارات، وهذا لا يتطرق إليه الاجتهاد ولا يلحقه تغيير إثباتا أو رفعًا، لأنها توقيفية، ولذا نجد المجال الذى يدخله تغير الأحكام ينحصر فى الأحكام المتغيرة من هذه الشريعة لأنها هى التى تخضع لتغيرات الزمن والبيئات وترتبط بها ارتباطًا وثيقًا.

(جـ) إن النسخ يقع نتيجة تعارض بين دليلين تعارضًا لا يمكن معه الجمع والترجيح بينهما، فيرفع الحكم المستفاد من الدليل السابق بهذا الطريق الشرعى المتأخر، أما تغيير الأحكام فلا يحدث نتيجة تعارض بين دليلين، بل إن تغيير الأحكام يكون عن طريق الاجتهاد نتيجة عدم ملاءمة الحكم القديم المصلحة الجديدة أو الظروف الزمنية أو المكانية أو العرف الجديد، ولذا يجب أن تكون المصلحة الجديدة فى مثل هذه الظروف ملائمة لمقصود الشارع فى تشريعه، ولا تخرج عن الإطار العام لهذه الشريعة الحكيمة.

العلاقة بين التغيير والتجديد:

ليس تجديد الدين بتبديله أو تغييره وإنما معناه جلاء الوجه الحقيقى لهذه الأصول بتنقيتها من البدع والابتداع، وهو أيضًا مد الفروع الجديدة النابعة من هذه الأصول لتظلل الميادين الجديدة، ولتضبط الواقع الجديد بضوابط هذه الأصول[1].

إذا يكون التجديد له صورتان:

(أ) تنقية الدين مما يلحقه على مر العصور من أمور تخالف الأصول.

(ب) التصدى للمستجدات التى تستجد فى كل عصر لبيان صورة الأصول فى هذه المستجدات.

ومن هنا، فالتغيير فى نظر الإسلام لا يجوز أن يمس أصولاً لهذا الدين وأساسًا له، وإنما يجب أن تبقى هذه الأصول ثابتة، أما بعض الأحكام وهى الأحكام الاجتهادية، فإنها تتبدل وتتطور وتتجدد وفقًا للظروف.

(١) معركة المصطلحات بين الغرب والإسلام ص١٦٧، ١٧١، نهضة مصر ١٩٩٧م.

مظاهر الثبات فى الدين:

الثبات فى أحكام الدين، ما يتعلق بالعقائد التى تحدد نظر الدين إلى المبدأ والمصير إلى الله والكون والحياة والإنسان، أو ما يسميه علماء العقائد الإلهيات والنبوات والسمعيات، وهذه حقائق ثابتة لا تتغير.

وما يتعلق بشعائر العبادات الرئيسية التى تحدد صلة الإنسان العملية بربه، وهى التى تعتبر أركان الإسلام، ومبانيه العظام، وهذه فى أسسها العامة ثابتة، وإن كان الاجتهاد يدخل عليها فى كثير من التفاصيل.

وما يتعلق بالقيم الخلقية، ترغيبًا فى الفضائل وترهيبًا من الرذائل، وهذه تتميز بالثبات أيضًا فى مجموعها.

فهذه الثلاثة لا يحتاج الناس إلى تغيرها، بل إن ثباتها واستقرارها لتستقر معها الحياة، وتطمئن العقول والقلوب[١].

فإذا انتقلنا إلى الثبات فى مجال الفقه، فإن منطقة الفقه الإسلامى فى الأحكام القطعية منطقة مغلقة لا يدخلها التغيير أو التطوير، وهذه هى التى تحفظ على الأمة كيانها ووحدتها الفكرية والسلوكية... شأنها شأن القوانين الكونية التى تمسك السماوات والأرض أن تزولا، أو تضطربا، أو تصطدم أجرامها[٢].

فهذه الأمور لا تقبل التغير وتلزم الثبات والاستقرار.

وكذلك الحدود التى قدرها الشارع الحكيم لا يجوز التعدى عليها، ﴿**وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ مثل تحديد الطلاق الذى تجوز بعده الرجعة بمرتين، وتحديد عدة الطلاق بثلاثة قروء أو بوضع الحمل، وتحديد أنصبة الورثة فى تركة الميت وتحديد نصاب الزكاة، ومقدار الواجب فيها، وكذلك العقوبات المقدرة بمائة جلدة أو بثمانين أو بقطع اليد ونحوها، فلا يجوز لمجتهد ولا لحاكم أن يغير هذه المعالم ويتجاوز هذه المقدرات الشرعية.

ومثل هذا الفرائضُ التى أوجبها الشرع، كالعبادات التى هى أركان الإسلام، ومثل ذلك الجهاد، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وبر الوالدين وصلة الأرحام، والإحسان إلى الجار، وأداء الأمانات، والحكم بالعدل.

وكذلك المحرمات اليقينية: مثل الشرك، والسحر، والقتل، وأكل الربا وأكل مال اليتيم، والزنا وشرب الخمر، والسرقة، وشهادة الزور.

---

(١) بيان الحل الإسلامى للدكتور يوسف القرضاوى ص٧٠، ٧٣ مكتبة وهبة بالقاهرة ط الثانية ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م

(٢) المرجع السابق نفسه ص٧٣.

فهذه الأمور كلها ثابتة لا تتغير ولا تتبدل مهما اختلفت الأزمنة والأمكنة والعوائد الجارية بين الناس.

وما عدا الحدود، والفرائض، والمحرمات، والعقائد والأحكام الثابتة بالنصوص القطعية فهى أمور مسكوت عنها، ومتروكة للاجتهاد وإعمال الرأى والنظر.

وهذه الأمور المسكوت عنها قد أطلق بعض الفقهاء عليها «منطقة العفو» تبعًا لما جاء فى بعض الأحاديث: «ما أحل الله فى كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى» وتلا ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ (مريم: ٦٤) وفى المستدرك على الصحيحين عن ثعلبة الخشنى ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله حدد حدودًا فلا تعتدوها، وفرض فرائض فلا تضيعوها وحرم أشياء فلا تنهكوها وترك أشياء رحمة من غير نسيان من ربكم فاقبلوها ولا تبحثوا فيها»[(١)].

وهذه الدائرة وهى دائرة العفو تركها الشرع قصدًا لاجتهاد أولى الأمر وأهل الحل والعقد والبصر فى هذه الأمة بما يحقق المصلحة العامة ويرعى المقاصد الشرعية للناس أجمعين، وقد أطلق العالم الاقتصادى الشهير محمد باقر الصدر عليها: «منطقة الفراغ فى التشريع»[(٢)] ولا يعنى هذا أن هذه الدائرة التى أطلق عليها دائرة العفو تدل على نقص أو إهمال فى البناء التشريعى، وإنما ترك ذلك قصدًا لولى الأمر وأعطى له صلاحية منح كل حادثة منها صفتها التشريعية حسب الظروف والملابسات فى كل عصر استنادًا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾ (النساء: ٥٩) وبمقتضى هذا النص فقد سمح لولى الأمر أن يتدخل فى أى نشاط أو علم لم يرد فيه نص على حرمته أو وجوبه وأن يعطيه صفة أو حكما ثانويا بالمنع منه أو الأمر به، وذلك على ضوء ما يعود على الفرد والمجتمع من نفع أو ضرر بقبوله أو رفضه.

يقول الشاطبى: «فلم يبق للدين قاعدة يحتاج إليها من الضروريات، والحاجيات، والتكميليات، إلا وقد بينت غاية البيان، نعم يبقى تنزيل الجزئيات على تلك الكليات موكولاً إلى نظر المجتهد، فإن قاعدة الاجتهاد أيضًا ثابتة فى الكتاب والسنة، فلا بد من إعمالها، ولا يسع تركها، وإذا ثبتت فى الشريعة أشعرت بأن ثم مجالاً للاجتهاد، ولا يوجد ذلك إلا فيما لا نص فيه»[(٣)].

---

(١) المستدرك على الصحيحين ٤/ ١٢٩ الحديث رقم ٧١١٤.

(٢) اقتصادنا ص٧٢٥.

(٣) الاعتصام للشاطبى ص٢٦٣.

وللاجتهاد محله فى دائرة النصوص الظنية التى تحتمل تعدد الآراء واختلاف الاجتهادات، وهى المنطقة الأوسع دائرة.

ومـرد الاختـلاف فى المسـائل الاجتـهادية، الاخـتلاف فى الأعـراف والعادات فـإن هذا الاختلاف يتـبعه اختلاف الحـاجات والأغراض والمصـالح، ومن ثم تختلف مناطات الأحكام. واختلاف الأحكام عند اختلاف العادات ليس فى الحقيقة فى أصل الخطاب، لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدى لو فرض بقاء الدنيا إلى ما لا نهاية، والتكليف كذلك لم يحتج فى الشرع إلى مزيد، وإنما مـعنى الاختلاف أن العادات إذا اختلفت رجـعت كل عادة إلى أصل شرعى يحكم به، بدليل أن العادة إذا خرجت عن مبادئ الشرع وقواعده لا تعتبر فى نظر الشرع.

ومن الأمثلة التى تجرى تبعًا للعادة مسألة البلوغ: فإن خطاب التكليف مرتفع عن الصبى، فإذا بلغ وقع عليه التكليف: فسقوط التكلـيف قبل البلوغ ثم ثبوته بعده ليس من أجل اختلاف فى الخطاب، وإنما وقع لاختلاف فى العوائد، أو الـشواهد، وكذلك الحكم بعد الدخول بأن القول قـول الزوج فى دفع الصـداق، بناء على العادة وقـد تتغـير العـادة، فيكون القـول قول الزوجة[١].

وهذه الأحكام اللتى تتغير بتغير الظروف والعادات هى جزء لا يتجزأ من أحكام الشريعة، وركن من أركانها العظيمة أو كون هذه الأحكام عرضة للتغـيير بالاجتهاد لا يخرجها عن دائرة الشريعة، بل يصدق عليها أنها منها استنادًا إلى أدلة ثبوتها وجواز الاجتهاد والاستنباط من هذه الأدلة.

وبهذا الأسلوب فإن الشـريعة الإسلامية تستـمد عناصر بقائها ودوامـها واطرادها على مر العصور والأزمان من دائرة الاجتهاد الذى لا يتوقف فـإن باب الاجتهاد مفتوح ولا يغلق وبهذه الخاصية تستوعب الشريعة كل ما جد ويجد من وقائع، ولا يستطيع أحد أن يصفها بالجمود أو القصور إلا من جـعل الله على بصره غشاوة وإلا من طمث الله على بصـيرته، وأزاغ الله قلبه فلم يدرك مقاصد الشريعة وروحها السمحة الخالدة.

ضوابط التمييز بين الثابت والمتغير فى الأحكام:

الأحكام الشرعية منها ما يتعلق بالعبادت ومنها ما يتعلق بالعادات[٢] والأصل فى العبادات بالنسبة لـلمكلف التعبد والتوقـف دون الالتفات إلى المعنى وأن الأصل فى العـادات الالتفات إلى المعانى[٣].

(١) الموافقات للشاطبى ٢/ ٢١٧. (٢) الاعتصام ٢/ ٥٦١، البرهان ٢/ ٦٢٢.
(٣) الموافقات ٢/ ٢٨٨، قواعد الأحكام ١/ ١٩.

ومن هذا ندرك أن الأحكام الفقهية تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: الأحكام التعبدية:

والأصل فى العبادات التعبد دون الالتفات إلى المعانى والذى ينبغى على المكلف أن يقف عن البحث فى الأحكام العبادية من الطهارة والصلاة والصيام والحج والزكاة ونحوها من الأحكام التى لا تعقل معانيها الجزئية فى العام الغالب، وإن فهمت الحكمة العامة التى تنظمها جميعًا من الانقياد لأوامر الله تعالى وإفراده بالخضوع والتعظيم لجلاله والتوجه إليه.

فالإمام المقرى يقول: «الأصل فى العبادات ملازمة أعيانها وترك التعليل» والإمام الجوينى يعرف العبادات بأنها: ما يلوح فيها معنى مخصوص، ولم تكن معقولة المعنى»[١].

الاستدلال على هذا الأصل:

استدل العلماء على هذا الأصل بأدلة كثيرة يأتى فى مقدمتها الاستقراء، فإن من ينظر فى كثير من الأحكام التعبدية فإن هذا النظر يرشد إلى أنها غير معقولة المعنى، ولا تدرك لها حكمة خاصة، فالصلوات لها هيئات مخصوصة من التكبير والركوع والسجود والذكر، ولا تدرك لهذه الهيئات على تلك الصورة معنى خاص معقول، يمكن أن يعلل كل منها، والطهارة من الحدث مخصوصة بالماء الطهور، وإن أمكنت النظافة بغيره، لأن رفع الحدث تعبدى محض، والتيمم بالتراب ملوث لا تتأتى من استعماله نظافة حسية يقوم مقام الطهارة بالماء المطهر، فمعنى التعبد ظاهر.

وهكذا سائر العبادات كالحج والصوم، وغيرهما من سائر العبادات، فهذه الأحكام التعبدية لا تفهم حكمة خاصة لكل عبادة خاصة بها، إنما يمكن أن تدرك لجميعها حكمة عامة، تتمثل فى الانقياد لأمر الله تعالى، وإفراده بالخضوع والتعظيم لجلاله، وهذه الحكمة العامة ليست هى العلة الخاصة، إذ لو كان الأمر كذلك، لكنا نؤمر بمجرد التعظيم لله تعالى من غير اعتبار للهيئات المخصوصة، التى حدها الشرع ولكان المخالف لما حده الشارع غير ملوم[٢]، وعدم معقولية المعنى دليل على وجوب الوقوف عند الحد الذى حده الشارع[٣].

ومع هذا فلا يقف الشرع حائلاً عن الوقوف دون إمكانية النظر فى حكمة مشروعية كل عبادة للوقوف على هذه الحكمة.

قال الإمام المقرى مبينًا حكمة مشروعية الزكاة بأنها: قائمة على العدل ومراعاة حال كل من الغنى والفقير، والمعطى والآخذ، فالشريعة عدلت بين المعطى والآخذ فى الزكاة، وهى

---

(١) البرهان ٢/ ٦٢٢، وشفاء الغليل للغزالى ص٢٠٣، وقواعد الأحكام ١/ ٢٩٧.

(٢) الموافقات ٢/ ٢٢٩. (٣) نفس المرجع ٢/ ٢١٨.

أى الزكاة بالنسبة للمـال الذى وجبت فيه الزكاة لم يتعلق بغيـر المال النامى إما بالطبع كالنعم والنبات المقتات أو بالجعل كالنقدين القـابلين للتجارة، ولم تجعل فى الغنى اليسير، وجُعلت فى الغنى المتوسط والكثير، وأسقطت بالعوارض التى تسقط الغنى(١).

وصرح الإمـام الشاطبى كاشـفًا عن حكمة الطهـارة واستقبـال القبلة فبـين أن الصلاة إذا تقدمتها الطهارة أشعرت بتأهب المصلى لأمر عظيم، فـإذا استقبل القبلة أشعر التوجه بحضور المتوجَّه إليه، فإذا أحـضر نية التعبد أثمر الخضوع والسكون، وإذا كبـر وسبح وتشهد، فذلك كله تنبيه للقلب وإيقاظ له أن لا يغفل عما فيه من مناجاة ربه والوقوف بين يديه(٢).

وفى شروط وجـوب الزكاة يقول الإمام الشـاطبى مبينًا حكمـة اكتمال النصـاب وحولان الحول، وكـون المال قـابلاً للنماء: إن الحـول أو إمكان النماء مكمِّـل لمقتـضى الملك، أو لحكمة الغنى(٣).

وهذه كلها أحكام تعبدية خالصة ورغم كونها تعبدية لم يكن ذلك حاجزًا دون البحث فى حكمها ومعانيها الخاصة بها ولم يكن ذلك لمجرد ذكر المحاسن التى انطويت عليها الشريعة، وإنما كان لمـا لهذه الأحكام العبادية من دور ملحـوظ فى توجيه العديد من الأحكام الفقـهية لتحقيق مقاصد الشريعة وأهدافها العامة لذلك قال ابن السبكى: المغلب عند الشافعى ﵁ فى الزكاة معنى المواساة، ومعنى العبادة تبع له(٤).

ومن هذا ندرك أن كون الفعل من الـعبادات لا يقيم حاجزًا أو ينـشئ سدًا بين ذلك الفعل التعبدى وبين نظر المجتهد.

وتأسيسًا على مـا سبق فإنه: يمكن حمل حكم الأصل فى العبادات التـعبد والتوقف على حالتين:

الأولى: عندما يكون الحكم مما لا يدرك معناه، فإذا كان الحكم كذلك فإن طبيعة الحكم نفسه تقتضى التـوقف، وتستدعى عدم بذل الجهد فى استخلاص معنى لهـذه العبادة كالحكمة من جعل ركعات الفجر اثنتين، والظهر أربعًا والمغرب ثلاثًا.

كذلك الأمر فى الزكاة حيث يغيب عنا المعنى الخاص بمقدار الواجب فى كل صنف من أصناف الأموال، كأن تكون ربع العشر إذا كان ذهبًا أو فـضة، والعشر إذا كانت الأرض زراعية مسقية بماء السماء، وغيرها من الأحكام التعـبدية التى تقتضى طبيعتها الوقوف عند الحد الذى حده الشارع لا لأنها تعبدية، وإنما لأن طبيعتها تقتضى هذا الأمر وتحتمه.

الحالة الثـانية: وهى إذا كان لا يترتب على النظر فى الحكم فائدة علمية، ولا يبنى عليها

---

(١) القواعد للإمام المقرى ٢/ ٤٩٠.
(٢) الموافقات ٢/ ١٩.
(٣) نفس المرجع ٢/ ١٩.
(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكى ٢/ ٢٦٧.

أثر فقهى، ويكون البحث فيها يدخل صاحبه فى الشطط والتكلف والافتئات على الشريعة المحكمة الكاملة، إذ لا يؤمن فيه ارتكاب الخطر، والوقوع فى الخطل، وحسب الفقيه من ذلك ما كان منصوصًا أو ظاهرًا أو قريبًا من الظهور(١).

ومثال ذلك: البحث فى حكمة مواقيت الصلاة، كأن يقول: الزوال وقت الانقلاب إلى العادة، فطلب عنده البداية بالعبادة، ووقت العصر وقت الانتشار فى طلب المعاش، فقيل لهم تزودوا قبل ذلك للمعاد، والمغرب وقت الانقلاب إلى العادة أيضًا، والعشاء وقت النوم، والفجر وقت اللذة(٢).

فمن شأن البحث فى مثل هذه الأحكام التى لا ينبنى عليها أثر فقهى ولا حكم شرعى مدخل فى الغالب للشطط والتكلف، ومن ثم قال العلماء: الأصل فى العبادات التوقف.

ومما يؤكد إمكانية تعليل الأحكام التعبدية للوقوف على معانيها الخاصة بمشروعيتها وأن استقراء هذه الأحكام يرشد إلى ارتباط هذه الأحكام بالمعانى والحكم المعقولة المعنى فمن ذلك:

- قوله تعالى فى غاية تشريع الصلاة: ﴿**إِنَّ الصَّلاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ**﴾ (العنكبوت: ٤٥).

- قوله تعالى فى حكمة الصيام: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**﴾ (البقرة: ١٨٣).

- قوله تعالى فى الزكاة: ﴿**خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا**﴾ (التوبة: ١٠٣).

- قوله تعالى فى معنى تشريع الحج: ﴿**وَأَذِّن فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالاً وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ (٢٧) لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنْ بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ**﴾ (الحج: ٢٧، ٢٨).

- روى ابن عباس ﷺ: «بينما رجل واقف مع رسول الله ﷺ إذ وقع من راحلته، فأوقصته - أى قتلته - فقال النبى: غسلوه بماء وسدر، وكفنوه فى ثوبين ولا تحنطوه أى لا تضعوا على جسمه وكفنه شيئًا من مسك وعنبر وكافور وغير ذلك، ولا تخمروا رأسه، فإنه يبعث يوم القيامة ملبيًا»(٣) إذ بين رسول الله ﷺ حكمة النهى عن تغطية رأسه وتطييبه، والمتمثلة فى بعثه يوم القيامة على آخر حال فى الدنيا، من الإحرام والتلبية، فيجرى عليه ما يجرى على المحرم.

---

(١) قواعد المقرى ٢/ ٤٠٧. (٢) المرجع السابق ٢/ ٤٠٧.

(٣) صحيح مسلم، باب الكفن فى ثوبين ١/ ٤٢٥، والحديث رقم ١٢٠٦.

ومن ثم فإن تعليل الأحكام يكون هو الأصل، وبيـان المعانى الشرعيـة التى تظهر ارتباط الأحكام بالمصلحـة هو الأساس، فكان الأصل هو تعليل الأصول، وإنمـا ترك تعليلها نادرًا، فصار الأصل العام الظاهر هو التعليل[١].

النوع الثانى: الأحكام العادية:

وهذه الأحكام الأصل فيها الالتـفات إلى المعانى التى شرعت من أجلها، فإذا وجـد فيها التعبـد، فلا بد من التسليم والوقوف مع النصوص، ومن مـثل هذه الأحكام التى لا تدرك لها حكمة وهى من الأحكام العادية: عدد الأشهر فى عدة المرأة، وفروض الميراث، وجلد الزانى والقاذف، وإطعـام ستـين مسكينًا فى كفـارة الظهار، وغـير ذلك من الأحكام التى لا مـجال للعقول فى فهم مصالحها الجزئية حتى يقاس عليها غيرها[٢].

فهـذه أحكام فى العـادات لا تدرك لها مـعنى معـقول، فنتـوقف عندها كمـا فى أحكام العبـادات ونسلم بمعناها العـام الذى تفضى إليه، وهو تحـقيق المصلحـة، ولو لم تعلم تلك المصلحة بعينها، وأن واجب المجتـهد تجاه الأحكام العادية التى لا يدرك معناها الخاص فإنه يقبلها على أنها تعبدية ويلزم فيها التسليم والوقوف مع النصوص.

وخلاصة القـول فى ضوابط التميـيز بين الثابت والمتغـير من الأحكام، أن الأحكام التى تتبدل هى الأحكام الاجتهادية، أما الأحكام المسـتندة إلى النصوص فإنها لا تتبدل مع ملاحظة أن اختلاف الأحكام عند اخـتلاف العوائد ليس فى الحقيقـة اختلاف فى أصل الخطاب الدينى بل المراد أن العـوائد إذا اختلفت اقتضت كل عـادة ما يلائمها، ورجـعت كل عادة إلى أصل شرعى يحكم به عليهـا وأن العادات التى تتصادم مع النصوص لا اعتبـار لها وإنما التى سكت عنها الشرع ولم يتعرض لها لا بالإلغاء، ولا بالاعتبار فهذه هى المصالح المرسلة.

المصلحة وتغير الأحكام:

تعتـبر المصلحـة المرسلة منهـجًا من مناهج الاجتـهاد فى بناء الأحكام الشـرعية والفـقه الإسلامى، ذلـك أن من الأحكام ما هو توقـيفى لا ينظر فـيه للمـصلحة كـالأحكام التعـبدية والمقدارات الشرعية، فـهذه لا يمكن أن تتغير أحكامها لأنها فى أساسهـا مبنية على المصلحة والفقهاء مجمعون على ذلك حتى مع ذكر حكمة مشروعيته.

أما الأحكام المبنية على الأمـور العادية أو المعاملات ونحوها ممـا هو مبنى على مصالح العباد وحاجتـهم، فإن أحكامها مرتبطة بالمعانى والآثار والعلل التى بنيت عـليها، فإذا انتفت

---

(١) المسودة لآل تيمية ص٣٩٧، وشرح الكوكب المنير للفتوحى ٤/ ١٥٢.

(٢) الموافقات ٢/ ٢٣٤.

وجب أن تتغير الأحكام تبعًا لها لأن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، ولذا نجد النصوص فيها مجملة وعامة فى حدود القواعد الكلية، وخاضعة للمصالح ومرتبطة بها.

الأدلة على تبدل الأحكام بتبدل المصالح:

(أ) روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أسقط الحد بالقطع عن السارق عام المجاعة ولم يقطع رضي الله عنه أيدى غلمان حاطب، لعدم استيفاء الشروط الضرورية الباعثة على التطبيق، والتى منها شبهة المجاعة الملجئة على أخذ حق الغير بدون إذن منه للضرورة.

(ب) أفتى أبو حنيفة ومالك بجواز دفع الزكاة لبنى هاشم، وقد رأوا أن النص الذى يحرم الزكاة عليهم لم يكن على إطلاقه، ولكنه مقيد بأخذ نصيبهم من بيت المال، فلما زال القيد، زال التحريم منعًا للضرر، واعتبار أن الحكم الذى جاء به النص مبنى على المصلحة، وهو أن لهم نصيبًا من بيت المال، فتصرف أنصبة الزكاة إلى غيرهم ولكن لما لم يحصلوا على نصيبهم جاز لهم أخذ الزكاة[1].

(ج) كان الإمام الشافعي رضي الله عنه بعد انتقاله إلى مصر قد غير رأيه فى كثير من المسائل حتى أطلق عليها اسم المذهب الجديد، والسبب فى هذا التغيير يعزى إلى اختلاف البيئات والأقطار وقد اشتهر ذلك عنه ومعلوم بين الناس.

(هـ) خالف أبو يوسف ومحمد إمامهما فى كثير من المسائل تبعًا لتغير الأزمنة كما فى مسألة تعديل الشهود، وتحقق الإكراه من غير السلطان، لأن العدالة كانت غالبة فى زمن أبى حنيفة رضي الله عنه، فاكتفى بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص، ولم ير تزكيتهم استنادًا لحديث: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» فلما فسد الناس شرط صاحباه التزكية لئلا تضيع الحقوق، وكذلك كانت القوة والغلبة للسلطان فقط دون غيره، فقال: إن الإكراه المغير للأحكام لا يكون إلا منه، وفى زمن صاحبيه لما تغيرت الأحوال، وصار فى الناس غير السلطان من قوة وغلبة قالا: يتحقق منه الإكراه.

ومما سبق يلاحظ أن الأحكام التى تشرع تبعًا للمصلحة، تكون تابعة لهذه المصلحة. فإذا بقيت المصلحة بقى الحكم الذى يترتب عليها، وإن تغيرت المصلحة اقتضى هذا التغير حكما جديدًا يلائم المصلحة الجديدة، وهذا الحكم الجديد لا يعتبر نسخًا للحكم الأول، لأنه لا نسخ بعد وفاة الرسول ﷺ فالحكم الأول باق، غير أنه معطل لتعطل مصلحته، بحيث لو عادت المصلحة التى شرعت من أجلها عاد الحكم.

ومن هذا يتبين لنا أن الأحكام التى بنيت على المصلحة مع تغير الزمان قد تغيرت

(١) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوسف حامد العالم ص١٨٢.

المصلحة فيها، ولذلك يجب أن يتغير الحكم تبعًا لذلك، ومعلوم أن الذى سيغير الحكم هو المجتهد الذى يلاحظ وجود المصلحة، ويحكم حسبها مما يقتضى ضرورة وجود المجتهد.

أثر الأحكام المتغيرة فى الاجتهاد:

تعريف الاجتهاد: الاجتهاد معنى عام أو معنى كلى شامل، إذ هو استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع إما فى درك الأحكام الشرعية وإما فى تطبيقها(١).

وهذا التعريف يعتبر شاملاً لنوعين من الاجتهاد الذى يخص طائفة من الأمة دون غيرها، وهو الاجتهاد فى درك الأحكام، ومن لا يخص، وهو الاجتهاد فى تطبيق الأحكام. وذكر الإمام الشاطبى رحمه الله تعالى أن الاجتهاد يتنوع باعتبار محل الاجتهاد: إلى اجتهاد فى الكليات واجتهاد فى الجزئيات، وإن النظر فى الجزئيات إنما هو اختصاص الفقهاء والعلماء، والنظر فى الكليات لا يخص طائفة دون طائفة، بل الاجتهاد فيه متروك لكل مكلف.

وأن الاجتهاد باعتبار المجتهد يتنوع إلى مجتهد يقوم بإدراك الأحكام واستنباطها من أدلتها التفصيلية، ومجتهد يقوم بتطبيق الأحكام وهم عامة المكلفين، وهؤلاء يجتهدون فى تطبيق الأحكام الفقهية لا فى محاسن العادات(٢).

وبهذا يتضح أن الاجتهاد معنى عام أو معنى كلى شامل.

أما قاعدة تغير الأحكام بتغير الأسباب الموجبة للتغير فهى قاعدة خاصة بالنظر إلى الاجتهاد فالاجتهاد أوضحناه يشمل الكليات والجزئيات ويشمل إدراك الأحكام وتطبيقها، وعلى هذا فقاعدة تغير الأحكام تعد جزئية من الجزئيات التى يشملها هذا المعنى العام أو الكلى الشامل، وهى من عمل المجتهد الذى يقوم بإدراك الأحكام.

الأدلة على تغير الفتوى بتغير الزمان:

قامت الأدلة من الكتاب والسنة وآثار السلف تقرر تغير الفتوى بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد.

أولاً: الكتاب:

ومنه قول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ**﴾ (الأنفال: ٦٥) ثم قال: ﴿**الْآنَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ**﴾ (الأنفال: ٦٦).

---

(١) الموافقات ٤/ ٦٤.

(٢) الموافقات ٤/ ١٦٩.

فقد دلت الآية الكريمة على أن أقل حالة للمؤمنين مع الكفار فى القتال أن ترجح المائة منهم على المائتين، والألف على الألفين، وأن هذه الحالة رخصة بحال الضعف، كما كان عليه المؤمنون فى الوقت الذى نزلت فيه هذه الآيات، ووهو وقت غزوة بدر، فقد كانوا لا يجدون ما يكفيهم من القوت، ولم يكن لديهم إلا فرس واحد، أو فرسان، وأنهم خرجوا بقصد لقاء العير غير مستعدين للحرب، ومع هذا كله كانوا أقل من ثلث المشركين كاملى العدة والأهبة.

ولما كملت للمؤمنين القوة، كما أمرهم الله تعالى أن يكونوا فى حال العزيمة كانوا يقاتلون عشرة أضعافهم أو أكثر، وينتصرون عليهم، وهل تم لهم فتح ممالك الروم والفرس وغيرهم إلا بذلك؟.

وقد تبين بذلك: أن الآية الأولى مقيدة بحال القوة وأن الثانية مقيدة بحال الضعف.

ومعنى هذا أن الآية الثانية تشرع لحالة معينة غير الحالة التى جاءت لها الآية الأولى، ويعتبر هذا أصل لتغير الفتوى بتغير الأحوال[(١)].

ثانيًا: السنة:

ونجد منها أدلة على تغير الفتوى كثيرة وأمثلة عدة:

(أ) عن أبى هريرة: أن رجلا سأل النبى ﷺ عن المباشرة للصائم فرخص له، وأتاه آخر فسأله، فنهاه، فإذا الذى رخص له شيخ وإذا الذى نهاه شاب.

روى أحمد فى مسنده من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «كنا عند النبى ﷺ فجاء شاب فقال: يا رسول الله أقبل وأنا صائم، قال: لا، فجاء شيخ فقال: يا رسول الله، أقبل وأنا صائم؟ قال: نعم، فنظر بعضنا إلى بعض فقال رسول الله ﷺ: قد علمت نظر بعضكم إلى بعض، إن الشيخ يملك نفسه»[(٢)].

(ب) ومن ذلك أن النبى ﷺ كان يجيب عن السؤال الواحد بأجوبة مختلفة، وذلك لاختلاف أحوال السائلين، فهو يجيب كل واحد بما يناسب حاله، ويعالج قصوره أو تقصيره.

ولأهمية هذا الجانب وضع العلامة ابن عابدين الفقيه الحنفى ضابطًا هامًا وهو: «أنه لا بد للمفتى من معرفة الزمان وأحوال أهله، ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام أو أنه مخالف النص أو لا، ولا بد من أستاذ ماهر، لا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل»[(٣)].

---

(١) تفسير المنار ١٠/ ٦٧ الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٢.

(٢) حديث رقم ٧٠٥٤، قال الشيخ أحمد شاكر رحمه الله: إسناده صحيح.

(٣) نشا العرف مجموعة رسائل ابن عابدين ٦/ ٦٧.

فقد كان النبى ﷺ يعطى كل إنسان من الدواء ما يرى أنه أشفى لمرضه وأصلح لأمره، ومن هذا ما روى عن أبى هريرة ؓ قال: سئل النبى ﷺ أى الأعمال أفضل؟ قال: «إيمان بالله ورسوله» قيل ثم ماذا؟ قال: «جهاد فى سبيل الله» قيل: ثم ماذا؟ قال: «حج مبرور»[١] فجعل الجهاد فى سبيل الله أفضل الأعمال بعد الإيمان.

لكن البخارى نفسه روى عن عائشة أم المؤمنين ؓ أنها قالت: يا رسول الله، ترى الجهاد أفضل العمل! قال: «لكُنَّ أفضل الجهاد حج مبرور»[٢] وتروى كلمة «لكُنَّ» بضم الكاف وهو الأكثر على أنها خطاب للنسوة، وبكسرها مع مد اللام، على أنها للاستدراك، والمراد واحد، وهو أن الجهاد إن كان أفضل العمل، فذلك فى الرجال أما النساء فأفضل جهاد لهن الحج المبرور.

فهنا تغير فتواه وجوابه ﷺ لما كان السائل امرأة إذ الأولى فى حمل السلاح أن يكون للرجال.

(جـ) آثار الصحابة فى تغير الفتوى والأحكام فقد كان أصحاب رسول الله ﷺ أفقه الناس فى استعمال قاعدة تغير الأحكام بتغير موجباتها، والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

تغير فتواهم فى عقوبة شارب الخمر:

فكان مما تغيرت به فتواهم بتغير الزمان والحال عقوبة شارب الخمر فإنه لم يكن فيها فى زمن رسول الله ﷺ حد مقرر، وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير.

وفى ذلك ما روى عن أبى هريرة ؓ قال: أتى النبى ﷺ برجل قد شرب، قال: اضربوه، قال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه، فلما انصرف قال بعض القوم: أخزاك الله! قال: «لا تقولوا هكذا، لا تعينوا عليه الشيطان!»[٣] بل ورد أن النبى ﷺ لم يضرب الشارب أصلاً فى بعض المواقف، وذلك فيما روى عن ابن عباس ؓ: «أن رسول الله ﷺ لم يوقت فى الخمر حدًا، قال ابن عباس: وشرب رجل فسكر، فانطلق به إلى النبى ﷺ فلما حاذى دار العباس، انفلت فدخل على العباس فالتزمه، فذكر ذلك للنبى ﷺ فضحك ولم يأمر فيه بشىء»[٤].

وهذا يدل على أن تقديره للضرب فى عهد النبى ﷺ تقدير تقريبى، ففى حديث

(١) صحيح البخارى، كتاب الحج، باب فضل الحج المبرور ٢/ ٥٥٣ الحديث رقم ١٤٤٧.
(٢) نفس المرجع ٢/ ٥٥٣ الحديث رقم ١٤٤٨.
(٣) صحيح البخارى كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال ٦/ ٢٤٨٨ الحديث رقم ٦٣٩٥.
(٤) سنن البيهقى الكبرى باب من وجد منه ريح شراب الخمر أو لقى ٨/ ٣١٤.

أنس «أن النبى ﷺ ضـرب نحـواً من أربعـين» وكلمة «نحـواً» تدل على التـقـريب لا على التحديد.

فلما كان عهد عمر بـن الخطاب ﷺ، شاور الناس فى جلد الخمر، وقال: إن الناس قد شربوها، واجتـرأوا عليها! فقال على: إن السكران إذا سكر هذى، وإذا هذى افـترى أى قذف الأبرياء، فاجعله حد الفرية أى القذف، فجعله عمر حدَّ الفرية ثمانين(١).

ومعنى هذا أنهم أقاموا السبب مقام المسـبب، أو المظنة مقام الحكمة فرأوا الشرب ذريعة إلى الافتراء الذى تقتضية كثرة الهذيان.

والظاهر أن الصحابة لم يـثبت لديهم أن النبى وقت فى الخمر حدّا مـعينا، ولو ثبت لهم ذلك لم يحتـاجوا إلى المشاورة فـيه، وإلى استـعمال الرأى بالقيـاس، على القاذف أو أخف الحدود، وغـير ذلك من الاعـتبارات، وإذا لم يثـبت لديهم نص ملزم، فقـد تغيـر حكمهم، واختلفت فتواهم بتغير الزمن، واختلاف الأحـوال كما نجد ذلك واضحًا فى خلافة عمر الذى جلد أربعين ثم ستين ثم ثمانين لما رأى الناس لا يتناهون ولا يزجرون، بل ورد أن عليا ﷺ زاد فى العقوبة على ثمانين فى بعض الأحوال، فقد روى أن النجاشى الشاعر قد شرب الخمر فى رمضان، فضربه ثمانين ثم حبسه فأخرجه من الغد، فضربه عشرين فقال له: «إنما جلدتك العشرين لجرأتك على الله، وإفطارك فى رمضان»(٢).

وهذا يدل على أن العـقوبة تختلف باخـتلاف حـال المجرم، ومـقدار عـتوه، واشتـهاره بالفجور، وتكرار الجـريمة منه مرة بعد مرة، وعـدم ارتداعه بالعقوبة، فمـثل هذا يشدد عليه بخلاف من لم يشتهر بفسق ولا فجور.

تغير اجتهاد الصحابة فى زكاة الفطر:

قد فرض رســول الله ﷺ زكاة الفطر، صاعًا من طعام من تمر، أو زبيب، أو شـعير، أو أقط، كما صحت بذلك الأحاديث، ولكن صح عن عدد من الصحابة أنهم رأوا فى زمنهم نصف صاع من قمح يعدل صاعًا من تمر أو شعير، فأخرجوا نصف صاع من القمح زكاة فطرهم.

قال ابن المنذر: لا نعلم فى القمح خبرًا ثابتًا عن النبى يعـتمد عليه ولم يكن البر بالمدينة فى ذلك الوقت إلا الشىء اليسـير، فلما كثـر فى زمن الصحابة رأوا أن نصف صـاع منه يقوم مقام صاع من الشعير(٣).

(١) سنن البيهقى الكبرى كتاب الحد فى الخمر باب حد الخمر ٣/ ٢٥٢ الحديث رقم ٥٢٨٨.
(٢) مصنف عبد الرزاق، باب من شرب الخمر فى رمضان ٧/ ٣٨٢ الحديث رقم: ١٣٥٥٦.
(٣) عون المعبود ٥/ ٩، ١٠.

وروى الجماعة عن أبى سعيد الخـدرى قال: كنا نخرج زكاة الفطر إذا كان فينا رسول الله ﷺ صاعًا من طعام، أو صـاعًا من تمر، أو صاعًا من شعير، أو صـاعًا من زبيب أو صاعًا من أقط، فلم نزل كذلك حتى قدم علينا معاوية المدينة فقال: إنى لأرى مدين أى نصف صاع من سمراء الشام يعنى القمح تعدل صاعًا من تمر، فأخذ الناس بذلك[١].

فهؤلاء الصحابة أجازوا إخراج نصف صاع من القمح مع أن المنصوص عليه والمعمول به منذ زمن النبى ﷺ إنمـا هو صـاع، ولكنهم لاحظوا فى زمنهم غـلاء ثمن القـمح بالنسبـة لأثمان الأطعمـة الأخرى، مثل الشعيـر والتمر فرأوا إخراج نصف الـصاع من القمح من باب المعادلة فى القيمة.

اجتهاد عمر فى قضية قسمة الأرض المفتوحة:

ومما تغيرت فيه الفتوى فى زمن الصحابة قضية قسمة الأرض التى يفتحها المسلمون عنوة على الفاتحين المقاتلين، وما حدث فيها من خلاف فى زمن عمر ﵁.

فقد رأى بلال ومـعه بعض الصحابة، أن تقسم أرض الشـام بعد فتحها على من فـتحوها بسيوفـهم، محتجين بأن النبى ﷺ قـسم أرض خيبر بعد فـتحها، وهو موافق لعـموم قوله تعـالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ (الأنفـال: ٤١) ويفهم منهـا أن أربعة أخماسها للفاتحين، وفى بعض الروايات أنه ﷺ قسم نصف خيبر، ووقف نصفها لنوائبه.

ولكن عمر ومعه جماعة من فقهاء الصـحابة ـ مثل على ومعاذ ﵄ ـ رأوا عدم تقسيمها، وإبقاءها على أيدى أربابهـا على أن يدفعوا عنهـا خراجًا يكون لمصـالح جميع المـسلمين فى حاضرهم وذخرًا للأجيال التى تأتى بعدهم وعبَّر الفقهاء عن ذلك بوقفها على كافة المسلمين.

وهكذا فعل عمر فى سواد العراق وغيره، واستمر عليه من بعده الخلفاء.

وأما قسمة النبى ﷺ خيبر، فقد ورد أنه قسم نصـفها فقط، ووقف نصفها لنوائبه، فقد روى ابن عمر ﵄ قال: عامل رسول الله ﷺ أهل خيـبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع[٢]، على أنهم قالوا: إنهـا كانت فى بدء الإسلام، وشـدة الحاجة، فكانت المـصلحة فيه، وقد تعينت المصلحة فيما بعد ذلك فى وقف الأرض فكان ذلك هو الواجب.

وقد قال عـمر: «لولا آخر الناس أى الأجيال المسـتقبلة لقسمت الأرض كـما قسم النبى ﷺ خيبر» فقد وقف الأرض عمر ﵁ مع علمه بفعل النبى ﷺ، فدل على أن فعله ذاك

---

(١) صحيح مسلم باب صاع من زبيب ٢/ ٥٤٨ الحـديث رقم ١٤٣٧، صحيح مسلم باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير ٢/ ٦٧٨ الحديث رقم ٩٨٥.

(٢) الأموال لأبى عبيد ص٩٧.

ﷺ لم يكن متعينًا[١]، وهذا إنما يكون فيما يبنى على المصلحة ويتصرف فيه النبى ﷺ بمقتضى الإمامة ورياسة الدولة، على أن من المعروف أن مجرد فعل النبى ﷺ لشىء إنما يدل على المشروعية فقط، ولا يدل على الوجوب، ولهذا وسع عمر ومن معه مخالفته.

والذى يقرأ مناقشات عمر، ومن وافقه مثل على ومعاذ ﷺ جميعًا واستدلالاتهم بما فى وقفها على المسلمين من المصالح وما فى قسمتها على أفراد الفاتحين من مفاسد، يتأكد له مقدار فقه الصحابة لدينهم، وإيمانهم بأن شريعتهم لا تجىء أبدًا بحكم أو مبدأ ينافى مصلحة الأمة[٢].

ضوابط تغير الأحكام بتغير الظروف

إنه لا خلاف بين أهل العلم فى ضرورة الاجتهاد وأهميته، وإعادة النظر فى الأحكام الفقهية المعاصرة بحيث تكون هذه الأحكام قادرة على علاج مشكلاتنا المتجددة، ولكن لو ترك هذا الباب مفتوحًا دون وضع قواعد وضوابط فإنه لا ريب يؤدى إلى ظهور المتلاعبين بالدين الذين يريدون أن يدخلوا على الحياة الإسلامية ما هو غريب عن فطرتها وقيمها وشريعتها بدعوى الاجتهاد وتغير الأحكام تبعًا لتطور الحياة، وهو أبعد ما يكون عن نصوص الشريعة وروحها[٣].

ولهذا كان أن نوضح المعالم والضوابط التى تنظم هذا الأمر وتضبط طريقه:

الضابط الأول: أن من الضرورى يكون التغير مخالفًا للنصوص الشرعية:

فإنه ليس كل تغيير فى الظروف واجب الاعتبار فى الشريعة، فذلك مما لا خلاف فيه، فإذا جاء التغيير مخالفًا للنصوص الشرعية فإنه يجب إهداره وإبطاله، مهما كان له من الانتشار والشيوع، لأن التغيير المخالف للشريعة مخالفة قطعية لا اعتبار له ولو عم الناس جميعًا، إذا الشريعة حاكمة على الواقع وليست محكومة به.

وقد صرح القرآن الكريم على اعتبار هذا الضابط وجعل النصوص الشرعية من الكتب والسنة فى مرتبة عليا فى الأحكام الشرعية، فقال تعالى: ﴿**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ**﴾ (المائدة: ٤٩).

وقال تعالى: ﴿**إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ**﴾ (النساء: ١٠٥).

---

(١) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ٢/ ٥٧٥، ٥٧٦.

(٢) الخراج لأبى يوسف ص٢٣ – ٢٧، وكتاب الأموال لأبى عبيد ص٧٤، ٧٥ رقم ١٥١، ١٥٢.

(٣) الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد وتطبيقها فى الأحكام الفقهية رسالة ماجستير من إعداد هيا نوفيتا أسير زين مقدم لكلية البنات بالقاهرة جامعة الأزهر ص٤٧٤ بتصرف.

ومن السنة ما روى أن رسول الله ﷺ لما بعث معـاذ بن جبل إلى اليمن قال له: كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال: أقضى بمـا فى كتاب الله، قال: فإن لم يكن فى كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم يكن فى سنة رسول الله ﷺ؟ قال: أجتهد رأيى ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدر معـاذ ثم قال: الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضى رسول الله ﷺ (١).

وقد قرر الفقهاء أن كل عرف ورد النص بخلافه فهـو غير معتبر، إذ يلزم عند اعتباره ترك النص، ومن ثم فلا يعتـبر العرف إلا فيمـا لا يناقض أحكام الشريعة ونصوصهـا، فمتى صح النص أو ثبت الأصل عن الشارع فـهو حق وحجة قـائمة، قال الإمام السرخـسى: «كل عرف ورد النص بخلافه فهو عرف غير معتبـر» وقال أيضًا: «إن التعامل بخلاف النص لا يعتبر وإنما يعتبر فيما لا نص فيه»(٢).

ومن أمثلة العرف المخالف للنص الشرعى، كتعارف كـثير من الناس كثيرًا من المحرمات شرعًا: كشرب الخـمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات عن بعض أجـسامهن، والتعامل بالربا وغيرها.

فلو تعارف الناس على عادات مناقضة للشريعة أو عقود تنطوى على أمور محرمة شرعًا أو أعمال تتضمن مخالفة لنصوص الشريعة فـإنه يحكم ببطلانها مهما قيل فى تبرير الحاجة إليها، من أنها صارت عـرفًا سائغًا أو عـادة منتشرة إذ لا يصلح الانتشـار والعموم أساسًـا ينبنى عليه القول بمشروعية هذه الأمور.

وذلك أن الأعمال والتصرفات لا تعتبر مشـروعة أو غير مشروعة إلا إذا نص عليها الشرع بذاتها أمرًا أو نهيًا أو لم ينص عليها، لكنها لا تخالف نصًا بـعينه أو مجموع القواعد المستمدة من النصوص، فالمشروعية إذًا لا تكون فقط فى الموافقة وإنما أيضًا فى عدم المخالفة(٣).

وما دام الأمر كذلك فإنه يعمل بالنص ولا اعتبار للعرف لأن النص أقوى من العرف، ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه، سواء كان الـعرف عامًا أو خاصًا، لأن الدليل متى صح عن الشارع الحكيم فهو حق وحجة قائمة على الناس وفى اتباعه المصلحة وفى تركه المفسدة، أما العرف فكثيرًا منه يتبع الأهواء والشهوات فيقوم على الباطل وقد راجت أمور كثيرة ساروا عليها وتعارفوها تبعًا لأهواء بلا نظر لمخـالفتها للشريعة أو موافقتها فهـذه الأعراف لا اعتبار لها مع وجود النص الشرعى لأنها من صميم ما هو محرم شرعًا.

---

(١) سنن الترمذى باب ما جاء فى القاضى كيف يقضى ٣/ ٦١٦ الحديث رقم ١٣٢٧.
(٢) المبسوط ١٠/ ١٤٦.
(٣) تغير الظروف وأثره فى اختلاف الأحكام للدكتور محمد قاسم محمود المنسى ص٥١٢.

فإذا وجد النص فهو المتبع فى معرفة الأحكام الشرعية واستنباطها لأن النص هو المصدر الأساسى الذى يعتمد عليه فى ذلك وله المرتبة الأولى ولا يلجأ إلى غيره عند وجوده وليس للعرف هذه المرتبة[١]، ومن أمثله ذلك:

الخروج إلى المقابر فى الأعياد والمبيت فيها وغير ذلك من الأعراف المخالفة للنص الشرعى، قال ابن حجر فى فتح البارى: إن الشافعية أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعى أو لم يرشد النص الشرعى إلى العرف[٢]، سواء أكان عامّا أم خاصّا، كتعارف الناس كثيرا من المحرمات كالربا وشرب الخمر، ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصّا[٣].

ولهذا يتضح الخطأ الذى وقع فيه كثير من الباحثين المعاصرين حين ادعوا أن كل التشريعات فى القرآن والسنة لم يقصد بها الدوام وعدم التغير وأنها حلول مؤقتة تتغير بتغير الظروف.

وتكلم بعض الناس عن الشريعة التى فى زعمهم أنها قد انتهت صلاحيتها وهى تحتاج إلى التغيير والتجديد جملة وتفصيلاً، لأن مثل الأوامر الموجودة فى القرآن والحديث كانت تعالج قضايا انتهى زمانها، لذلك يجب مراعاة البعد التاريخى فى التفسير والشرح، وحينئذ ستكون آيات وأحاديث التكاليف والأحكام قد جاوزها الزمن.

وقد جاء هذا على لسان الشهيد عبد القادر عودة حيث يقول: «ولطائفة المثقفين ثقافة أوربية ادعاءات غريبة عن الشريعة، بل هى ادعاءات مضحكة، فبعضهم يدعون: أن الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر، فيما يتعلق بأحكام الدنيا، وبعضهم يرى أن الشريعة تصلح للعصر الحاضر ولكنهم يدعون أن بعض أحكامها مؤقت فلا يطبق اليوم»[٤].

ويلمح بعض هؤلاء المعاصرين إلى القول بأن الحكم الشرعى المبنى على العادة يعطل إذا تغيرت العادة ولا ضير من مخالفة النصوص، فيجيز للقاضى أو المفتى تغيير حكم من الأحكام ولو كان هذا الحكم ثابتًا بنص القرآن أو السنة تبعًا لتغير المصالح بتغير الأزمان[٥].

وضرب مثلاً لذلك: «أنه ليس من حقنا اليوم أن قتل الجندى المقاتل، أو نسترقه، وليس من حقنا أن نسبى النساء والأطفال ونسترقهم وليس للجندى نصيب فى الغنائم وليذهب قول النبى: «من قتل قتيلاً فله سلبه» أدراج الرياح».

(١) أثر العرف ص١٤٥، ١٤٦.
(٢) فتح البارى ٩/ ٤٢٠.
(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٦.
(٤) الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه ص٤٢.
(٥) معروف الدواليبى: النصوص وتغير الأحكام بتغير الزمان مجلة (المسلمون) عدد ٦ السنة الأولى ص٥٥٣.

ووجه الاستدلال من أجل تعطيل الـحديث هذا أن قوانين الحرب قد تغيرت كـما تغيرت العادات، وكل ذلك قد عطل نصوص الشرع الشـريف الخاصة بالغنائم ولا ضير فى ذلك ولا ضرر.

وبلغ قمة التلاعب فى سرد الدعوى فقال: إن الخنازير التى حـرمها القرآن وجعل لحومها رجسًا، كانت خنازير سيئة التـغذية، أما خنازير اليوم فهى تربى تحت إشراف لم تنله الخنازير القديمة.

وهذه دعوى خطيرة تحتـاج منا إلى أن نقف عندها وأن نناقشها مناقشة علمـية تعيد الحق إلى نصاب وتقذف بالباطل كما قال تعالى: ﴿ **بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ** ﴾ (الأنبياء: ١٨) وللرد على هذه المفتريات والمزاعم نقول:

أولاً: لم نجد مـن كلام الفقـهاء قـديمًا وحـديثًا أن القـوانين الوضعـية تنسخ النصـوص الشرعية، وأن القوانين الدولية فوق الشرع، وهذا أمر مرفوض.

ثانيًـا: أنه لا ضير فى أن نسترق الجندى المقاتـل إذا توفرت الشروط التى كان يسترق بها الجندى فى الحروب الإسلامية، وأن أخذ القاتل سلب القتيل لا يمنعه مانع، ولا يعترض على هذا بأنا لا نستطيع اليوم أن نتبـين من قتل القتيل، فهذه ليست صورة مسـتحدثة، وإنما كانت فى العهود الإسلامية الأولى، وكان لها حكمها الإسلامى.

أما الخنازير فقـد حرمها الله بصـريح القرآن قائلاً: ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ** ﴾ (المـائدة: ٣) والآية جاءت مطلقـة فى تحريم الخنازير حيث لا يفـرق القرآن فى تحريمها بين الخبيثة والطاهرة، القديمة والحديثة، وهل توجد الخنازير فى أيامنا هذه طاهرة لا ينالها رجس الخنازير القديمـة؟ على أن علماء المسلمين على مر الـعصور الإسلامية مـتفقون على أن الخنازير كلها رجس ونجسة نجاسة مغلظة.

ولقد بلغ التلاعب ببعض الناس إلى حد أنهم اجترأوا على الأحكام الثابتة بصريح القرآن، فخطوا خطوة خطيرة فى الدعوة لتغيير ثوابت الأحكام والفرائض الدينية.

ومن ذلك: تـوريث الأولاد: ﴿ **لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ** ﴾ (النســاء: ١١) فـهم يريدون أن يجتهدوا فى التسوية بين الذكر والأنثى فى أمر المواريث، بدعوى أن التفاوت كان فى زمن لم تكن المرأة فيه تعمل مثل الرجل، وجهل هؤلاء أو تجاهلوا أن المرأة وإن عملت وخرجت من مملكتهـا وزاحمت الرجال بالمناكب تظل فى كفـالة الرجل ونفقته: ابنة وأختًـا وزوجة وأمًا،

غنية كانت أو فقيرة وأن أعـباءها المالية دون أعبائه، فهو يتزوج فيدفع مـهرًا، ويتحمل نفقة، وهى تتزوج فتأخذ مهرًا، وينفق عليها، ولو كانت من ذوات الثراء(١).

مع تجاهلهم أيضًا: أن نصيب الأنثى من الميراث فى الإسلام ليس دائمًا على النصف من نصيب الذكر؟ بل تأخذ البنت وهى أنثى من تركة أمها أكثر كثيرًا مما يأخذ أبوها وهو ذكر؟ فى حالة مـا إذا ماتت الأم وتركت البنت والأب والزوج، وترث الـبنتان أكثـر حتى من عـشرات الذكور فى حالة ما إذا مات الأب وترك البنتـين والأبناء والزوجة وكذلك تناسوا أو تجاهلوا أن البنت ترث أكثر من الأم وكلتاهما أنثى فى حالة ما إذا مات الأب وترك البنت والأم والزوجة.

وتجاهلـوا: ألا تقـوم فلسـفة المـيراث فى الإسـلام علـى معاييـر: «القـرب من المتوفى» و «عبء الإنفاق» و «علاقة الجيل الوارث بالمستقـبل التالى لجيل المتوفى أو بالماضى السابق لجيله»؟ أليست تلك هى مـعايير أنصبة التوريـث التى تتقدم على غيرها من المعـايير، بما فى ذلك ذكورة وأنوثة الوارثين؟(٢).

ومما سبـق نقرر أن تغير الظروف إن جاء مصـادمًا لنص شرعى لم يلتفت إليه مـهما كان لهذا التغير من القبول والانتشار أو غـير ذلك من المبررات لتبرير التخلى عن أحكام الشريعة، لأن الشريعـة جاءت حاكـمة للواقع لا محكومـة به، ومقتضـى ذلك أنه إذا تعارض الواقع مع نصوص الشريـعة ومقرراتها فـإنه يؤخذ بما تقرره الشـريعة فقط وبالتالى لا يجـوز تعطيلها فى الظروف العادية، وإلا آل الأمر إلى ضياع معالمها عبر الأزمنة المتتابعة.

الضابط الثانى: أن يكون التغير مطردًا:

وإنما اشتـرط الفقهاء اطراد العوائد والأعراف، لأن ذلك يـكون قرينة دالة على المراد من الأقوال والأفعـال، فتصرف المـرء يحمل على الغالب فى العرف والعـادة، فلو لم تكن العادة مطردة لما أمكن حمل الألفاظ والتصرف عليها.

قال الإمام الزركشى رحمه الله تعالى: العادة إذا اطردت ينزل اللفظ فى العقود عليها، وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان، وإذا تعارضت الظنون فى اعتبارها فخلاف(٣).

وفى تعليل المراد من هذا الضابط يقول فضـيلة الدكتور محمد أبو سنة: «ذلك لأن تكرر العرف بين الناس وتمكنـه فى نفوسهم، إنما يتم بالـغلبة أو الاطراد ولأنهما قـرينة إرادة الأمر الذى وجدا فيه، من تصرف المتكلم قولاً أو فعلاً»(٤).

فإذا جرى العرف فى بلد عـلى تقسيم المهر فى النكاح إلى معجـل ومؤجل، فيكون العرف

---

(١) مكانة المرأة فى القرآن والسنة الصحيحة للمرحوم الدكتور محمد بلتاجى ص٢٠٥، ٢٠٦.

(٢) الإسلام بين التنوير والتزوير ص٢٢٠. (٣) المنثور ٢/ ٣٦١. (٤) العرف والعادة ص٧٤.

هنا مطردًا إذا أجرى أهله على هذا التقسيم فى جميع حوادث النكاح ولا يقدح فى اعتباره إذا ترك العمل به فى بعض الحوادث القليلة لأنه لا يزال يعتبر غالبًا، والعبرة للغالب الشائع لا النادر(١).

واشتراط الاطراد أو الغلبة لا يستلزم أن يكون العرف عامًا فى جميع البلاد، بل كل من العرف العام والخاص معتبر فى محله، محكم بين متعارفيه ما دام مطردًا أو غالبًا بينهم.

قال الإمام القرافى مظهراً الأثر التطبيقى لهذا الضابط:

لو خرجنا نحن إلى بلد آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذى كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذى نحن فيه لم نفته إلا بعادة بلده دون عادة بلدنا(٢).

وهذا كله شاهد صدق على اعتبار عرف كل بلد فى محله، ولو كان خاصا به.

ومن الأمثلة الحديثة على اطراد العرف وغلبته:

١- اطراد العرف على أن يكون نفقات تسليم المبيع على المشترى إلا إذا اتفق العاقدان على أن تكون على البائع، فإذا لم يتفقا فإن العرف يقضى بأن تكون على المشترى.

٢- دلالة عقد الإجارة المذيل بالتوقيع أو الختم على الرضا، ويتم توثيقه بتسجيل الاسم كاملاً، ورقم البطاقة الشخصية وتاريخها، وكذا تسجيل العقد فى كاتب العقار، أو الشهر العقارى ونحوها.

٣- لو ركب سيارة من المواصلات العامة لنقل الركاب إلى مكان معلوم ثم دفع ثمن التذكرة إلى الجابى، أو كان قد اقتطعها قبل، أو أعطى الأجرة عند وصوله فيما لو كانت سيارة أجرة خاصة دون كلام متبادل صحت الإجارة لجرى العرف عليها.

وكذلك الشأن فى التزامات البواخر والقطارات والطائرات إذ تكون أجرتها فى الغالب معلومة بالنظر إلى كل بلد، إلا أنه يكون فيها من الاستيثاق وتسجيل الأسماء ونحو ذلك ما لا يكون فى النوع الأول.

٤- يدخل أيضًا فى الأعراف المطردة الآن: إجراءات الشهر العقارى للتعامل فى الأراضى وتسجيل المواليد، والوفيات فى مكاتب التسجيل المدنى وتوثيق عقود الزواج والطلاق.

الضابط الثالث: أن يكون التغيير جذريًا:

ويكون التغيير جذريًا إذا تعلق بمصالح الناس الضرورية أو الحاجية ففى الأولى تختل حياة الناس ونظامهم بفقدها وعدم مراعاتها، وفى الثانية يلحق بالناس حرج ومشقة فى

(١) المدخل الفقهى العام ٢/ ٨٧٤، مجلة الأحكام العدلية المادة ٤٢.
(٢) الإحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ص٢٣٣.

معاشهم، فإذا أدى تغير الظروف إلى اختلال مصلحة من المصالح الضرورية كحفظ الدين أو العقل أو النفس أو النسل أو المال أو أدى إلى وقوع الناس فى الحرج والمشقة لزم تغير الحكم بما يدفع المفاسد الناشئة عن فوت المصلحة أو حدوث المشقة لأن التغير فى هذه الحالة يعتبر جذريا.

وهذا ما عبر عنه الدكتور القرضاوى بضرورات العصر وحاجاته، فضرورة الحياة وحاجاته تفرض على الفقيه أو المجتهد الاتجاه إلى مراعاة الواقع والتيسير والتخفيف فى الأحكام الفرعية العملية، سواء فى العبادات أو المعاملات[١].

(أ) ومن الأمثلة على ذلك ما اتفق عليه الفقهاء من جواز نظر الطبيب إلى العورة ولمسها للتداوى إن كان يترتب على عدم التداوى الوقوع فى المشقة والحرج، قال ابن قدامة: «يباح للطبيب النظر إلى ما تدعو إليه الحاجة من بدن المرأة من العورة وغيرها فإنه موضع حاجة»[٢].

(ب) ما نص عليه الحنفية والشافعية من جواز التداوى بالنجاسات إذا لم يجد المريض طاهرًا يقوم مقام الداوء النجس[٣] لأن حفظ عافية الإنسان وتحقيق سلامته من الضروريات أو الحاجيات على أقل التقدير، وترتب على ترك التداوى بالمحرمات إذا لم يجد طاهرًا الإخلال فى الحياة أو الوقوع فى الحرج والمشقة.

قال الإمام النووى: «ويحل أكل الدواء النجس للحاجة وإن لم يكن ضرورة»[٤].

(جـ) جواز سفر المرأة بغير محرم بموافقة زوجها أو أهلها:

والأصل فى حكم هذه القضية أن لا تسافر المرأة وحدها بل يجب أن تكون فى صحبة زوجة أو ذى محرم لها.

ومستند هذا الحكم هو أحاديث الرسول ﷺ فى منع سفر المرأة بغير محرم ومن ذلك: ما روى عن أبى هريرة رضي الله عنه قال: قال النبى ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة ليس معها حرمة»[٥] وغيره من الأحاديث.

ولكن ما حكم سفر المرأة بغير محرم، وكان معها بعض الرجال المأمونين أو النساء الثقات؟.

---

(١) الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوى ص١٢٥.
(٢) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ٧/ ٤٥٩.
(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤/ ١١٣، المجموع ٢/ ٥١٩، قليوبى وعميرة ٤/ ٢٦٢.
(٤) المجموع ٢/ ٥١٩.
(٥) صحيح البخارى باب فى كم يقصر الصلاة ١/ ٣٦٩ الحديث رقم ١٠٣٨.

من الفقهاء، من تمسك بظاهر الأحاديث الواردة فى منع المرأة من السفر بدون محرم ولو كان لفريضة الحج، ومن الفقهاء من استثنى من ذلك ما إذا كانت المرأة مع نسوة ثقات حتى ولو كانت واحدة ثقة، ومنهم من اكتفى بأمن الطريق وهذا ما اختاره ابن تيمية قال فى الفروع: تحج كل امرأة آمنة مع عدم المحرم، وقال: إن هذا متوجه فى كل سفر طاعة[١].

وقال مالك مع جماعة النساء.

وقال الشافعى: مع حرة مسلمة ثقة، وقال بعض أصحابه: وحدها مع الأمن[٢].

هذه الأقوال قد قيل بها فى السفر للحج والعمرة، فينبغى أن يطرد الحكم فى الأسفار كلها، كما صرح بذلك بعض العلماء[٣] لأن المقصود هو صيانة المرأة وحفظها وذلك متحقق بأمن الطريق ووجود الثقات من النسوة أو الرجال.

ومما يؤيد اختيار جواز سفر المرأة بغير محرم وعند الأمن ووجود الثقات: حديث عدى ابن حاتم فقد حدثه النبى ﷺ عن مستقبل الإسلام وانتشاره وارتفاع مناره فى الأرض، فكان مما قاله: «يوشك أن تخرج الظعينة من الحيرة بالعراق تؤم البيت لا زوج معها لا تخاف إلا الله...»[٤].

الضابط الرابع: أن يكون التغير يقينيًا أو قريبًا من اليقين:

ويراد بهذا الضابط أن الفقهاء قد بنوا بعض الأحكام الفقهية بناء على ما كان متاحًا لهم من معارف وخبرات فى أزمنتهم ومن ثم فإذا تغيرت الظروف وتطورت وسائل المعرفة، وتوصل العلم إلى نتائج تخالف ما كان معروفًا من قبل فإنه يعاد النظر فى هذه الأحكام على أساس ما استقر من نتائج الكشوف العلمية لما فى ذلك من المصلحة المعتبرة[٥].

ولو أن الفقهاء السابقين أتيح لهم من المعارف أو الكشوف العلمية مثل ما أتيح للفقهاء المعاصرين لاتخذوها أساسًا يبنى عليه النظر عند تقرير الأحكام الفقهية، ومن ثم فلا خلاف فى وجوب تغير الحكم الفقهى الذى بنى على معارف سابقة، إذا أثبتت الكشوف والنتائج العلمية الحديثة عدم صحتها، أو عدم ملاءمتها لما وصلت إليه الأوضاع المعاصرة من تطور.

ولكن الاستفادة بالإنجازات العلمية المعاصرة، وتأسيس الأحكام الفقهية عليها يجب أن يظل فى إطار الحقائق العلمية والمعارف اليقينية وحدها، وليس فى إطار النظريات والمعارف

---

(١) الفروع لمحمد بن مفلح المقدسى ٣/ ١٧٧. (٢) المرجع السابق نفسه ٢/ ١٧٧.

(٣) فتح البارى ٤/ ٤٤٧.

(٤) صحيح البخارى باب علامات النبوة فى الإسلام ٣/ ٣١٦ الحديث رقم ٣٤٠٠.

(٥) الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوى ص١٢٣، تغير الظروف وأثره فى اختلاف الأحكام الشرعية للدكتور محمد قاسم محمود المنسى ص٥٤٩.

التى تحيط بها الشكوك، أو ما تزال فى طور البحث والدراسة، إذ أن الأحكام الفقهية مما يناط بها رعاية مصالح الناس، ومن ثم لا يصح من الناحية الشرعية أن تبنى هذه الأحكام على أمور غير مستقرة أو مؤكدة، لما يترتب على ذلك من مفاسد وأضرار.

ومن الأمثلة على ذلك: أن الفقهاء قد بنوا حكمهم فى ثبوت النسب على معرفة أقصى مدة للحمل، واختلفوا فى ذلك فعند الحنفية: أن أقصى مدة للحمل سنتنان، وعند المالكية: أنها أربع سنين، وقيل: خمس سنين، وعند الشافعية: أربع سنين، وعند الحنابلة: أربع سنين.

ثم استدل على ذلك: بأن ما لا نص له يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين، فإذا ثبت هذا، فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دونها من يوم موت الزوج أو طلاق، ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا نقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل فإن الولد يلحق الزوج وعدتها منقضية به(١).

والسبب فى اختلاف الفقهاء فى هذا الشأن هو أن هذه التقديرات لم تبن على النصوص وإنما على إخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين أو على أثر مروى عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة للحمل سنتان ولم يأخذ جمهور الفقهاء بهذا الأثر إنما أخذ به أبو حنيفة.

ولما كان العمل القضائى فى مصر، على مذهب أبى حنيفة، فقد كان الرأى المعمول به قبل التقنين الصادر عام ١٩٢٩، أنه يثبت ولد المطلقة بائنًا إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة ويثبت ولد المطلقة رجعيًا فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة.

ولكن العمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الأمم، وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين، وتقدمت بذلك شكاوى عديدة إلى المحاكم فقررت وزارة العدل، أخذ رأى الطبيب الشرعى فى أقصى المدة التى يمكنها الحمل، فأفاد بأنه يرى عند التشريع اعتبار أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يومًا وذلك يشمل جميع الأحوال النادرة.

ومن ناحية أخرى فقد دل الاستقراء فى عصرنا الحاضر كما يقول الشيخ أبو زهرة على أنه لا يوجد من الوقائع ما يؤيد التقادير بخمس ولا أربع ولا سنتين وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر وقد يوجب الاحتياط التقدير بسنة(٢).

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٩/١١٦، والأحوال الشخصية للشيخ محمد أبى زهرة ص٣٨٥ دار الفكر العربى.
(٢) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبى زهرة ص٣٨٦ - ٣٨٧.

وبناء على ما أقر به الطبيب الشرعى، وأكده الاستقراء من أن أقصى مدة للحمل هى سنة واحدة فقد تغـير الحكم السابق وصار لا يحكم بثبوت دعـوى النسب لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة، ونـص على ذلك تقنين الأحوال الشـخصيـة الصادر عـام ١٩٢٩ فى المادة الخامـسة عشرة حـيث جاء فيهـا: لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجـة ثبت عدم التلاقى بينهـا وبين زوجها من حـين العقد، ولا لولد زوجـة أتت به بعد سنة من غيـبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقـة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت بـه لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو وقت الوفاة.

كـما نص أيضًـا: على أنه لا تسـمع دعوى لنفـقة عـدة لمـدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق، كما لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجـية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق(١).

والذى دعا إلى ذلك كمـا جاء فى المذكرة الإيضاحـية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٩: أنه كان بموجب الأحكام الواجب تطبيقهـا فى ذلك الوقت بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تستطيع المطلقة أن تأخذ نفـقة عدة مدة طويلة، بدون وجه حق، فإنها إذا كـانت مرضعة، قد تدعى أن الحيض لم يأتها طـول مدة الرضاعة، وهى سنتان، ثم تدعى بعـد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبـول فى ذلك، وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة خمس سنين وإذا كانت غيـر مرضع قد تدعى أن الحيض يأتيـها مرة واحدة فى كل سنة، فـتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة ثلاث سنين.

ولما كان هذا الادعـاء خلاف العادة الشائعة فى النسـاء كثرت شكوى الأزواج من تلاعب المطلقات واحتـيالهن لأخذ نفقة عـدة بدون وجه حق، فرأت الوزارة أن المصلحـة داعية إلى تعـديل هذا الحكم بناء على ما ثبـت من تقرير الطبـيب الشرعى وهو أن أقـصى مدة الحـمل سنة(٢).

وهكذا تغير الحكم بعد أن ثبت على سبيـل اليقين أن الحمل لا يمكن أن يمكث أكثر من سنة وتغيرات الأحكام المترتبة على ذلك كثبوت النسب واستحقاق الإرث والنفقة.

الضابط الخامس: أن يكون التغير موافقًا لمقاصد الشريعة:

فإن الشريعة جـاءت مبنية على مصالح العـباد، وأن مقاصدها هى تحقيق تـلك المقاصد سواء بجلب النفع لهم أو بدفع الضـرر عنهم وقد دل عليه استـقراء الأحكام الشرعيـة فما من

(١) المادة ١٧ من قانون سنة ١٩٢٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ضمن مجموعة الأحوال الشخصية.

فعل أو أمر تترتب عليه مصلحة إلا وقد أمر به الشارع أو أذن فيه، وما من فعل أو أمر تترتب عليه مفسدة إلا وقد نهى عنه، فالغاية إذًا من وضع الشريعة هى رعاية مصالح الناس.

يقول الشاطبى: «والمعتمد هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازى ولا غيره»(١).

وقال الإمام ابن تيمية: «إن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، وأنها ترجيح خير الخيرين وشر الشرين، وتحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، وتدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما»(٢).

وأكد العز بن عبد السلام على هذا المفهوم المزدوج للمصلحة الدنيوية والأخروية بقوله: «التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد فى دنياهم وأخراهم»(٣).

وإن كثيرًا من المصالح فى المعاملات والعمران تتغير بتغير الأحوال والظروف، وهذا التغير من شأنه أن يؤثر تأثيرًا ما على الأحكام الشرعية التى أنيطت بتلك الأحكام، ومن هنا لا بد للمجتهد أو المفتى أو أولى الأمر من المعرفة واليقظة والنظر العميق، حتى يميزوا ما هى المصالح والمفاسد التى تغيرت أوصافها وآثارها تغيرًا حقيقيًا وهل ذلك التغير يستدعى مراجعة أحكامها ويقتضى تعديلها، وإلى أى حد ينبغى أن يصل ذلك التعديل؟.

وهذه المعرفة الكافية عن حقيقة المصالح والمفاسد تساعد المجتهد أو المفتى أو أولى الأمر فى استيعاب قضايا الأمة وتطوراتها وحفظ حاجاتها ومصالحها، وفى اتخاذ تدابير أمور حياتهم المتغيرة. والقاعدة المصلحية المعتبرة فى هذا الشأن، أن كل تصرف وتدبير يقرب الناس إلى الصلاح ويبعدهم عن الفساد، فإنه يعتبر عملا مشروعًا، ولو لم يدل عليه شىء من نصوص الشريعة بل يكفى أن يكون محققًا لمقاصدها وموافقًا لأغراضها غير مخالف لنص ثابت من نصوصها ومن ثم تثبت له المشروعية، وكذلك كل تصرف أو تدبير يقرب الناس إلى المفاسد ويبعدهم عن الصلاح، يعتبر عملاً باطلاً.

يقول الشاطبى: «كل من ابتغى فى التكاليف الشرعية غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل»(٤).

وبناء على ما سبق، فإن التدابير التى تتطلبها مصالح الناس فى زمن ما إذا لم تحقق الغرض منها فى زمن آخر بسبب تغير الظروف فإنه لا مانع شرعًا من استحداث تدابير جديدة تلائم الظروف الجديدة، وبالتالى يتغير الحكم تبعًا لذلك والمعول عليه فى ذلك هو موافقة مقاصد الشريعة فى تحقيق مصالح الناس بجلب مصلحة أو دفع مفسدة.

(١) الموافقات للإمام الشاطبى ٢/ ٤.
(٢) مجموع الفتاوى ٢/ ٤٨.
(٣) قواعد الأحكام ٢/ ٢٤٠.
(٤) الموافقات ٢/ ٢٥٢.

وخلاصة القول: أنه لا خلاف بين أهل العلم من ضرورة الاجتهاد وأهميته وإعادة النظر فى الأحكام الفقهية لحياة الأمة المعاصرة بحيث يجعلها قادرة على علاج مشكلاتها المتجددة، ولكن ترك هذا الباب مفتوحًا دون وضع قواعد وضوابط أدى إلى ظهور المتلاعبين بالدين الذين يريدون أن يدخلوا على الحياة الإسلامية ما هو غريب عن فطرتها، وقيمها وشريعتها بدعوى الاجتهاد وتغير الأحكام تبعًا لتطور الحياة وهو أبعد ما يكون عن نصوص الشريعة وروحها.

لهذا فلا بد من وضع الضوابط التى تنظم سيره وتضبط طريقه.

والمتتبع لهذا التراث الفقهى يدرك: أن للأئمة المجتهدين فى كل مذهب نظرًا متأملاً فيما كان من فروع مذهبهم مبنيًا على العرف معللاً بالعوائد، فرجحوا غير ما تقدم ترجيحه مع التزامهم بقواعد المذهب الذى انتسبوا إليه، وأن العرف قد يكون سببًا فى العدول عن الصحيح من المذهب إلى رواية أو قول أو وجه فيه فى الخلاف المذهبى أو الترجيح بين أقوال الأئمة فى الخلاف الكبير.

وأن تغير الزمان وطروء المستجدات من الحوادث والأحوال أثر تأثيرًا ظاهرًا فيما بنى من الأحكام الاجتهادية على العوائد ودواعى المصلحة وذلك كله ينتج ضرورة: أن على المفتين والقضاة إعادة النظر فى آراء الأئمة، ومسطور المدونات الفقهية من الفروع والمسائل المبنية على العرف القويم واتباع العوائد السالفة.

* * *

القواعد الكلية الأقل شمولاً من القواعد الكبرى

هذه القواعد الكلية غير الكبرى كانت موطن اهتمام عظيم عند الفقهاء، لما لها من أثر فى الفقه بمذاهبه المختلفة، فإن هذه القواعد يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية، والفروع الفقهية فى شتى أبواب الفقه.

وبيان هذه القواعد بما تحويه من فروع ومستثنيات على الوجه التالى:



القاعدة الأولى: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها، أن الاجتهاد المستوفى شروطه إذا اتصل بالحكم أو القضاء، نفذ ولا يتأتى نقضه بالاجتهاد الثانى الجديد لانقضاء الترجيح، قال السيوطى: ولهذا يعمل بالاجتهاد الثانى فى القبلة ولا ينقض ما مضى باتفاق الأئمة(١).

فإذا اجتهد القاضى فى مسألة شرعية، ثم عرضت له مسألة مشابهة فحكم فيها برأى آخر فلا ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثانى، وكذا لو حكم مجتهد فى مسألة بموجب اجتهاده ثم حكم مجتهد آخر فى تلك المسألة عينها وكان اجتهاده مخالفًا، فلا ينقض الحكم المستند على الاجتهاد الأول لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

فيكون المقصود بالاجتهاد الذى لا ينقض بمثله هو الاجتهاد الذى مضى حكمه، وقضى به القاضى ثم تغير الحكم فيه فى المستقبل بتغير الاجتهاد(٢).

قال الآمدى فى سبب عدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد: «لو جاز نقض حكم الحاكم، إما بتغير اجتهاده، أو بحكم حاكم آخر لأمكن نقض الحكم بالنقض، إلى غير نهاية، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم، وهو خلاف المصلحة التى نصب الحاكم لها»(٣).

واتفق العلماء على أنه لو حكم القاضى باجتهاده ثم تغير باجتهاد آخر لا ينقض الأول، وإن كان الثانى أقوى منه غير أنه إذا تجدد له لا يعمل إلا بالثانى(٤)، فمثلا المجتهد فى جهة القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به، ثم عارضه دليل آخر، فإنه يتوقف عن الأخذ به فى المستقبل، ولا ينقض ما مضى باتفاق الأئمة.

وبناء على ما تقدم لو حكم مجتهد فى قضية رفعت إليه بموجب اجتهاد، ثم حكم مجتهد ثان فى تلك القضية نفسها إذا رفعت إليه فلا يجوز له أن ينقض حكم من قبله إذا كان مخالفا لرأيه(٥).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٥.
(٢) قواعد الزركشى وشرح الأتاسى للمجلة ١/ ٤٥، ودرر الحكام شرح حيدر أباد ١/ ٣٠.
(٣) الإحكام للآمدى ٤/ ٣٣٥، وبدائع الصنائع للكاسانى ٧/ ٢١.
(٤) المنثور فى القواعد للزركشى ١/٩٣، والأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١، والأشباه لابن نجيم ص١٠٥.
(٥) تيسير التجريد ٤/ ٣٣٤، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٣٠.

وكذلك لو تقدم خصمان إلى القاضى فقال: كانت بيننا خصومة فى كذا وتحاكمنا فيها إلى القاضى فلان، فحكم بكذا، لكنا نريد أن نستأنف الحكم فيها عندك، فلا يجوز أن يستجيب لطلبهما، بل يمضى على الحكم الأول حسب المذهب المختار الصحيح(١).

دليل القاعدة:

قام الدليل على أن الاجتهاد لا ينقضه اجتهاد آخر، لأن الاجتهاد إنما هو حصول غلبة الظن على إصابة المرمى مع احتمال الخطأ، فكل اجتهاد كما يجوز أن يكون صوابًا يجوز أن يكون خطأ، وعليه فإن الاجتهاد الثانى ليس بأقوى من الاجتهاد الأول، لأن الأول ظنى والثانى ظنى، ولا ترجيح لأحد الظنين على الآخر.

وهذا ما ثبت واستقر عليه إجماع الصحابة ﷺ كما تدل عليه الآثار والأقوال المأثورة عنهم، ومن ذلك، أن عمر ﷺ حكم فى قضية بعدم التشريك بين الإخوة من الأبوين مع الإخوة لأم فى الثلث ثم شرك بينهم فيما بعد فى امرأة توفيت وتركت زوجها، وأمها وإخوتها لأمها، وإخوتها لأبيها وأمها، فأشرك عمر بين الإخوة للأم والإخوة الأشقاء فى الثلث فقال له رجل: إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا، فقال عمر: تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا(٢)، ثم جرت هذه الكلمة العمرية مجرى المثل(٣).

وقضى عمر أيضًا: فى الجد قضايا مختلفة فى فترات مختلفة، فعن ابن سيرين قال: إنى قضيت فى الجد قضيات مختلفة لم آل فيها عن الحق(٤) يعنى لم أقصر فى طلب الحق.

وفى هذه الوقائع وغيرها دليل على أن كل حكم أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مماثل، فكانت هذه النصوص والقضايا المأثورة برهانًا ناصعًا على أن هذه القاعدة أصلاً متبعًا عند القضاة الأولين فى الإسلام ومن ثم فقد اتفقت كلمة الفقهاء والأصوليين على الاعتداد بهذه القاعدة.

وهذا فيما يختص بالقضية الماضية التى نفذ فيها الحكم.

أما فى الحوادث والوقائع المماثلة الآتية فيجب على المجتهد أو المفتى أن يستأنف الحكم فيها، ويعمل بالاجتهاد الجديد اللاحق، قال الزركشى: «إن النقض الممتنع إنما هو فى

(١) المنثور فى القواعد ١/ ٩٣.
(٢) سنن البيهقى الكبرى ١٠/ ١٢٠، باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده أو اجتهاد غيره فيما يسوغ فيه الاجتهاد... الحدذيث رقم ٢٠١٦١.
(٣) غمز عيون البصائر للحموى ١/ ٣٢٨.
(٤) مصنف عبد الرزاق ١٠/ ٢٦٢، الحديث رقم ١٩٠٤٥.

الأحكام الماضية، وإنما تغير الحكم فى المستقبل لانتفاء الترجيح الآن[١]، وهذا المعنى قال به الإمام السيوطى فى الأشباه والنظائر فهو يقول: « الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، أى فى الماضى، ولكن يغير الحكم فى المستقبل لانتفاء الترجيح»[٢].

فروع القاعدة:

هذه القاعدة اعتبرها الفقهاء والأصوليون من القواعد الكلية فقالوا بعدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد، واعتبروا ذلك أصلاً وبنوا عليها كثيراً من الفروع طبقت فيه القاعدة، وهذه الفروع فى مجموعها تؤكد أن الاجتهاد لا ينقض اجتهاداً مماثلاً، لأن شرط النقض اتحاد النسبة الحكمية، ومع اختلاف الظنون لا تتحد النسبة الحكمية فلا ينقض اجتهاد اجتهاداً آخر.

ومن هذه الفروع ما يلى:

١- لو تغير الاجتهاد فى القبلة عمل بالثانى، ولا قضاء حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء عليه[٣]، لأن الاجتهاد فى كل منهما لا ينقض ما قبله.

فقد أخرج الترمذى وأحمد والطبرانى من حديث عامر بن ربيعة بلفظ: «كنا مع النبى ﷺ فى ليلة مظلمة، فلم ندر أين القبلة وصلى كل رجل منا على حياله، فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبى ﷺ فنزل ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ﴾» وفى رواية جابر عند البيهقى بلفظ: «صلينا ليلة فى غيم وخفيت علينا القبلة، فلما انصرفنا نظرنا فإذا نحن قد صلينا إلى غير القبلة فذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: قد أحسنتم، ولم يأمرنا أن نعيد»[٤].

٢- لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله، وترك الآخر ثم تغير ظنه فى الاجتهاد لا يعمل بالاجتهاد الثانى، بل يتيمم[٥]، لأن الأول مبنى على الظن والثانى مبنى على الظن أيضا، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر فيجب عليه أن يتيمم ويترك الإناءين، وهذا مبنى على وجوب التحرى.

٣- ولو حكم القاضى برد شهادة الفاسق، ثم تاب وأعاد الشهادة فى نفس الحادثة بعينها لم تقبل باتفاق، لأن قبول الشهادة بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد، لأن الحكم بفسقه كان باجتهاد، وقبول شهادته بعد التوبة لعدالته اجتهاد، والاجتهاد لا ينقض الاجتهاد،

(١) المنثور فى القواعد للزركشى ١/ ٩٥. (٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٣.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠١، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٥.
(٤) سنن الترمذى باب ما جاء فى الرجل يصلى لغير القبلة فى الغيم ٢/ ١٧٦ الحديث رقم ٣٤٥ وسنن البيهقى الكبرى باب استبيان الخطأ بعد الاجتهاد ٢/ ١١ الحديث رقم ٢٠٧٦.
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٦.

كذا علله المتولى فى التتمة[١]، وعلله الحموى بأنه سد لباب الاتهام، فقال: لو قبل القاضى شهادته فى الحادثة عينها بعد أن تاب لتوجهت التهمة للحاكم وتزعزعت ثقة الناس فى القاضى فيوجد الاتهام[٢]، وإذا تزعزت ثقة الناس فى حكامهم فعلى الدنيا السلام.

أما لو كانت الحادثة مختلفة وشهد فيها فاسق بعد التوبة فتقبل شهادته إذ لا يكون هناك اجتهاد ثان فلا يقال: نقض الاجتهاد بالاجتهاد.

٤- إلحاق النسب بالقيافة[٣]:

والقائف هو الذى يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود[٤] فلو ألحق القائف الولد بأحد المدعيين بناء على علم عنده، ثم تغير اجتهاده وألحقه بالمدعى الآخر لم يقبل ذلك منه، لأن إلحاقه بالأول اجتهاد وإلحاقه بالثانى اجتهاد، وليس الأول بأقوى من الثانى.

والقيافة من الأدلة الشرعية لإثبات الأنساب عند الاشتباه، قالت عائشة ﵂: دخل علىَّ رسولُ الله ﷺ ذات يوم مسرورًا فقال: «يا عائشة إن مجزرًا المدلجى دخل علىَّ فرأى أسامة وزيدًا وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[٥].

والعمل بالقيافة مختص بما مضى من العصور، وأما فى هذا العصر الذى ظهرت فيه الاكتشافات العلمية، فإن القيافة هى عمل خبراء الجينات الذين يحكمون بإلحاق نسب الطفل إلى أبيه بأدق الوسائل العلمية، ومن ثم فلا يعقل أن يطلب القافة مع وجود ما يدل على البنوة بطريقة أدق فيكون ذلك عن طريق خبراء الجينات بوسائل التحاليل المخبرية، وقال البعض يظل العمل بالقيافة مشروعًا وهذا قول الجمهور والأول أصح[٦].

٥- لو خالع زوجته ثلاثًا ثم تزوجها الرابعة بلا محلل لاعتقاده أن الخلع فسخ ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح[٧]، فلا ينقض حكم الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثانى، فلو قضى بصحته قاض ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك، فلا ينفذ قضاؤه لأن الأصل فى القضاء أنه متى حكم مجتهد فيه ينفذ حكمه ولا يرده قاض غيره لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الأول وقد

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢.

(٢) غمز عيون البصائر للحموى ١/ ٣٢٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢.

(٤) التعريفات للجرجانى ص٢٧٧.

(٥) صحيح مسلم مع شرح النووى ١٠/ ٤١.

(٦) المغنى ٨/ ٣٧١، ٣٧٢، الذخيرة ١٠/ ٢٤١، المهذب ٢/ ٢١٧.

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢.

ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثانى، فقد روى أن عمر بن الخطاب لما شغله أشغال الرعية استعان بزيد بن ثابت فقضى زيد بن ثابت بين رجلين، ثم لقى عمر أحد الخصمين فقال: إن زيداً قضى علىَّ يا أمير المؤمنين بكذا، فقال عمر: لو كنت مكانه لقضيت لك بكذا، فقال: ما يمنعك يا أمير المؤمنين والأمر إليك، فاقض لى، فقال عمر: لو كان هناك نص لقضيت به ولكن ها هنا رأى والرأى مشترك[(١)].

وعليه فإن حكم الحاكم لا يجوز نقضه فى المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم فإنه لو جاز نقض حكمه بتغيير اجتهاده أو بحكم حاكم آخر لأمكن تكرار هذا، مما يؤدى إلى اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم وهو خلاف المصلحة[(٢)].

وإنما يمكن نقضه إذا خالف دليلاً قطعيّا من نص أو إجماع أو قياس جلى أو غير ذلك من الأدلة.

وقد ورد فى ذلك أمثلة كثيرة ومنها:

(أ) لو قضى قاض أو حكم حاكم بصحة زواج المفقود زوجها بعد أربع سنين ومدة العدة لم ينقض حكمه، بل ينفذ، لأن المحل مجتهد فيه فقد ذهب مالك وأحمد وقول عند الشافعى فى القديم أنها تتربص أربع سنين وهى أكثر مدة الحمل، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام وتحل بعد ذلك للزواج خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى الجديد[(٣)].

(ب) لو قضى قاض بصحة النكاح بلا ولى، نفذ ولم ينقض حكمه، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولأن المسألة مختلف فيها، فأبو حنيفة ﷺ يقول: إن نكاح المرأة العاقلة ينعقد برضاها دون ولى خلافًا للشافعى وأحمد ومالك فى رواية أشهب والقاضى أبى يوسف وقد اعتبر خلاف أبى حنيفة، لأن المحل مجتهد فيه، إذ أنها تصرفت فى خالص حقها، وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان التصرف جائزاً لها فى المال، ولها حق الاختيار للأزواج، وإنما يطالب الولى بالتزويج كى لا تنسب إلى الوقاحة[(٤)].

(جـ) لو قضى قاض بصحة النكاح بلا شهود نفذ ولم ينقض قضاؤه لأن المسألة مختلف فيها، ولأنه لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد، فمالك يشترط الإعلان فى النكاح وأنه لا يكتفى به

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ١/ ٦٥.

(٢) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٤/ ٢٧٣.

(٣) مغنى المحتاج بشرح منهاج الطالبين ٤/ ٥٠٢، والمغنى والشرح الكبير ٩/ ١٣٩.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢، والمغنى والشرح الكبير لابن قدامة ٧/ ٣٣٧، والشرح الصغير للدرديرى ٢/ ٣٥١، وبداية المجتهد مع الشرح ٣/ ١٢٤٨، مغنى المحتاج ٤/ ٥٠٢.

عن الشهود، وقد اعتبر خلافه، لأن الموضع موضع اشتباه الدليل، إذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضى ألا يشترط الشهادة[١].

(د) لو قضى قاض ببطلان خيار المجلس نفذ ولم ينقض قضاؤه كمعظم المسائل المختلف فيها فأبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه إلا ابن حبيب يذهبون إلى نفى خيار المجلس خلافًا للشافعى وأحمد وابن حبيب، وقد اعتبر خلاف أبى حنيفة ومالك لأن الخبر الوارد فيه خبر آحاد قد خالف القياس، لأنه عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر كسائر العقود مثل النكاح والخلع والرهن والصلح عن دم العمد[٢].

(هـ) لو قضى قاض بشهادة الزوج لزوجته أو بشهادة الزوجة لزوجها نفذ ولم ينقض قضاؤه، لأنها مسألة خلافية اجتهادية، فالشافعى يقول بقبول شهادة كل من الزوجين على الآخر، وقد اعتبر خلافه لأن المسألة خلافية اجتهادية، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ووجه ما قاله الشافعى أن الحاصل بينهما عقد يطرأ ويزول فلا يمنع قبول الشهادة، كما لو شهد الغريم لمدينه، وكما لو شهد الأجير لمستأجره، فإن الشهادة تقبل مع توهم المشاركة فى المنفعة[٣].

(و) ولو قضى قاض بقتل الوالد للولد لم ينفذ ولم ينقض قضاؤه لأن المسألة اجتهادية مختلف فيها، فمالك وابن المنذر من الشافعية يقولان بقتل الوالد للولد على تفصيل عند المالكية فى ذلك، وقد اعتبر خلافهم أن ظاهر الكتاب والأخبار الموجبة للقصاص تقضى بذلك ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين[٤].

وقال الرافعى وابن الرفعة من الشافعية إنه ينقض ولا ينفذ، وعليه أكثر أهل العلم، وذلك لمخالفته النص الصريح الصحيح البعيد عن التأويل[٥] لكن الذى صححه النووى فى الروضة، والرويانى أنه لا ينقض كمعظم المسائل المختلف فيها[٦].

(ز) ولو قضى قاض بمنع القصاص فى القتل بالآلة المثقلة الغليظة والحجر الكبير فإن

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢، مغنى المحتاج ٢/ ١٨٦، ٤/ ٤٠٢.
(٢) المرجعين السابقين والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٦.
(٣) مغنى المحتاج ٤/ ٥٠١، ٥٥٢.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢، وبداية المجتهد مع الشرح ٤/ ٢١٧٢.
(٥) مغنى المحتاج ٤/ ٥٠٢.
(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢، مغنى المحتاج ٤/ ٥٠٢.

أكثـر أهل العلم قال به وقطع به الرافعـى وابن الرفعة أنه ينقض ولا ينفـذ لمخالفـة النصوص الصريحة الصحيحة، ولمخالفته القيـاس الجلى وعصمة النفوس من القتل بالمثقل، والاجتهاد ينقض إذا خالف نصّا، أو إجماعًا أو قياسًا جليّا أو خالف القواعد الكلية.

وذهب بعضهم إلى أنه لا ينقض، لأنه من المسائل الاجتهادية إذ فيه شائبة تشبه العمد وبه قال الرويانى والنووى(١).

(ح) ولو قضى قاض بقتل المسلم بالكافـر الذمى، فأكثر أهل العلم على أنه ينقض ولا ينفذ، وقطع به الرافعى وابن الرفعة، ورجحه السيوطى لمخالفته النص الصحيح الصريح البعيد عن التأويل.

وذهب بعضهم إلى أنه لا ينقض لأنه من المسائل الاجتهادية المـختلف فيها، فأبو حنيفة يقول بقتل المسلم بالكافر الذمى فيعتبر خلافه إذ أن الإجماع على أن يد السارق تقطع إذا سرق مال الذمى فإذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه كذلك(٢).

ورأى الأولون القائل بـالنقض هو الأرجح لورود النص الصحـيح الصريح الذى هو بعـيد عن التأويل(٣) يقضى بذلك، فقد روى البخارى عن أبى حنيفة قال: قلت لعلى: هل عندكم شيء من الوحى ما ليس فى القرآن؟ قـال: لا، والذى فلق الحبة وبرأ النسمة إلا فهـمًا يعطيه الله رجلاً فى القرآن، وما فى هذه الصحيفة، قلت: فما فى هذه الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير، وألا يقتل مسلم بكافر(٤).

وعن على ﷺ قـال: قال رسـول الله ﷺ: «لا يقتل مـسلم بكافـر ولا ذو عهـد فى عهده» وفى رواية: «لا يقتل مؤمن بكافر»(٥).

وفرعوا على ذلك أيضا: أن الحنفى إذا خلـل خمرًا فأتلفها عليه رجل لا يعتـقد طهارتها بالتخليل فترافعا إلى قاضى حنفى ثبت عنده الحل فـقضى بضمانها لزمه ذلك قولاً واحدًا، إذا قلنا قضاء القـاضى ينفذ ظاهرًا وباطنًا، أما إذا قلنا: إن حكم القاضى يـنفذ ظاهرًا لا باطنًا فلا ضمـان عليه بينه وبين الله لأنه أتلف نجسًـا، وذلك لأن المذهب الشافعى يرى أن الخـمر إذا صارت خلاً بالصنعة لا تطـهر استنادًا على أن رسول الله ﷺ سئل أتتخذ الخـمر خلا؟ قال

(١) مغنى المحتاج ٤/ ٥٠٢.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢.
(٣) مغنى المحتاج ٤/ ٥٠٢.
(٤) صحيح البـخارى باب لا يقتل المسلم بكافر ٦/ ٢٥٣٤، الحديث رقم ٦٥١٧، سنن الـترمذى باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر ٤/ ٢٤، الحديث رقم ١٤١٢.
(٥) نفس المرجع السابق.

ﷺ : لا، فدل الحديث على أن التخليل بالصنعـة لا ينفى عن الخمرة التنجس وعكسه عند الحنفية، والاجتهاد لا ينقص بالاجتهاد.

قال الإسنوى: إن النقض المـمتنع إنما هو فى الأحكام المـاضية ونحن لا نتعـرض لها، وإنما غيرنا الحكم لانتـفاء المرجح الآن كالمجتهد فى القـبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به ثم عارضه دليل آخر فإنه يتوقف عن الأخذ به فى المستقبل ولا ينقض ما مضى بل ما وقع وقع صحيحًا[١].

المستثنيات من الفروع:

لهذه القـاعدة فروع مـستثنيات جـاءت على خلاف القاعـدة، وأخذت حكمًا غـير حكم القاعدة، ونقض فيها الاجتهاد بالاجتهاد، ونحن نذكر أهم هذه الفروع فيما يلى:

١- إذا اجتهد المجـتهد فرأى أن الخلع فسخ، فنكح امرأة خالعها ثلاثًا ثم تغـير اجتهاده فرأى أن الخلع طلاق، وجب عليه مفارقتها ولا يحل له أن يستـديم ما كان مباحًا له بالاجتهاد الأول لئلا يلزم من إمـساكها وقـوع الوطء الحرام على معـتقده، إلا إذا حكم الحاكم بصـحة النكاح لم تجب عليه مفارقتها، وإن تغير اجتهاده لما يلزم من فراقها من تغير حكم الحاكم فى المجـتهدات[٢] وهذا مبنى على أن حكم الحاكم ينفـذ باطنًا، إلا إذ قلنا: إنه ينفذ ظاهرًا فقط فلا يلزم من فـراقه إياها نقض حكم الحاكم فى المجـتهد، لأن هذا بالنسبـة إلى أخذه بذلك الحكم فى خـاصة نفسـه وامتناع النـقض لحكم الحاكم فى المـجتـهدات. ومفـاده أنه تجب المفارقة سواء قضى الحاكم بعدم المفارقة أو لم يحكم اعـتبارًا بعقيدة المجتهد لا بما حكم به القاضى واختاره القاضى أبو يوسف[٣].

٢- الحِمَى: ومعناه المنع[٤]، وذلك بأن يحمى الإمام أرضًا بتخصيصه لمنفعة يراها كبناء مدرسة أو مستشفى وغيرهما من المصالح العـامة، فيجوز نقض ذلك الحمى ورفعه فيعود كما كان إذا ظهرت مصلحة فى نقضه بعد ظهورها فى الحمى.

ومعنى هذا نقض الاجتهاد بالاجتهـاد فتكون هذه الصورة مستثناة بناء على هذا الرأى وهو الأصح.

ومقابل الأصح لم ينقض مـا حماه الإمام لأن الاجتـهاد لا ينقض بالاجتهاد ولأن التـغير

---

(١) محاضرات فى القواعد الفقهية ص٧٣، والأشباه والنظائر للسيوطى ص١١٤، ١١٥.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢، المستصفى للغزالى ص٣٦٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢.

(٤) المصباح المنير للفيومى مادة حمى ١/ ١٨٥.

الذى حصل كان لمصلحة، وإذا تغيرت المصلحة المقتضية تغير الحكم، لأن المصلحة كالعلة للحكم وهى تدور معه وجودًا وعدمًا.

أما ما حماه رسول الله ﷺ فلا ينقض، فقد حمى أرضًا بالبقيع فهذا الحمى يستمر إلى يوم القيامة، لأنه بمثابة النص ولا اجتهاد مع النص.

٣- لو حكم الحنفى للشافعى بشفعة الجوار فهل تحل له أو لا؟ اختلف الشافعية فى ذلك، فيرى بعضهم أنها لا تحل بناء على أن حكم القاضى ينفذ ظاهرًا فقط عند الشافعية والجمهور، فلو أخذ به يكون آخذا بشىء ليس حقًا له على معتقده، والعبرة باعتقاده لا باعتقاد القاضى ويرى بعضهم أنها تحل اعتبارًا بعقيدة القاضى، لأن ذلك مجتهد فيه والاجتهاد للقاضى لا إلى غيره وهذا هو الأصح عند البغوى وغيره[١].

وقد جاء فى مغنى المحتاج: وباطن الأمر كظاهره أنه يترتب على أصل صادق فينفذ الحكم فيه باطنًا قطعًا، إن كان عمل باتفاق المجتهدين وعلى الأصح عند البغوى وغيره إن كان فى محل اختلافهم، وإن كان لمن لا يعتقده لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع، فلو حكم حنفى لشافعى بشفعة الجوار أو بالإرث بالرحم حالة الأخذ به اعتبارًا بعقيدة الحاكم لأن ذلك مجتهد فيه والاجتهاد إلى القاضى لا إلى غيره، ولو شهد شاهد بما يعتقده القاضى كشافعى شهد عند حنفى بشفعة الجوار قبلت شهادته كذلك[٢].

وهذا هو الصواب، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، إذا صدر من القاضى أو الحاكم فى منصب القضاء، لأنا لو أجزنا نقض الاجتهاد للقاضى عمت الفوضى، وفقدت الثقة بالقضاء وفى ذلك حرج شديد يؤدى إلى عدم استقرار الأحكام[٣].

٤- واشتثنى بعضهم من هذه القاعدة: نقض القسمة إذا ظهر فيها غبن فاحش، فإنها وقعت بالاجتهاد فكيف ينقض الاجتهاد بمثله؟ قال ابن نجيم: إن نقضها لفوات شرطها فى الابتداء وهو العدالة، فظهر أنها لم تكن صحيحة فى الابتداء، فهو كما لو ظهر خطأ القاضى بفوات شرط، فإنه ينقض قضاؤه[٤]، فلو قسم شخص قسمة إجبار ثم قامت بينة بغلط القاسم نقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده، فنقض القسمة مشكل لأنه من قبيل نقض الاجتهاد

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٦، مغنى المحتاج ٤/ ٥٠٣.
(٢) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ٤/ ٥٠٣.
(٣) الإحكام للآمدى ٣/ ٣٣٥ شرح العضد على المختصر ص٣٨٣ المستصفى ص٣٦٧ شرح تنقيح الفصول للقرافى ص٣٤٦.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٦.

باجتهاد آخر، والواقع أنه لا إشكال، لأن نقض القسـمة الأولى لفوات شروطها فى القاسم أو لأن النقض سببه عدم وجود الشرط المعتبر فى القسمة.

٥- ومن المسائل المستثناة: ما إذا رأى الإمام شيـئًا ثم مات أو عزل فللثانى تغييره حيث كان من الأمور العامة، وإن كان قد منع إمام الحرمين هذا الاستثناء وقال: ليس هذا من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وإنما هو من تغير المصلحة، والحكم يدور مع المصلحة وجودًا وعدمًا، فإذا رآها الثانى وجب اتباعها[١].

٦- وإذا قوم شخص عـقارًا أو سيارة فـقال: إن هذا المنزل أو هذه السيارة تـساوى مائة ألف مثلاً ثم اطلع على صفة زيادة أو نقص وتبين له أن القيمـة الحقيقية خلاف ما قوم به بطل التقـويم الأول، وهذا يشبه نقض الاجـتهاد بالنـص لا بالاجتهـاد، فهذا ليس من قـبيل نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وإنما هو نقض الاجتهاد لمخالفته النص.

٧- ومن ذلك أن يتنازع اثنان فى دار أحدهمـا خارج عن الدار والثانى داخل فيهـا، فأقام الخارج بينة ادعى فيها أن الدار داره، وأن الشخص الذى فيها اغـتصبها فى غيبته، ورفع الأمر إلى القاضى فحكم له القاضى بناء على بينته، ثم أقام الداخل بينة شهدت له بأنه قد ورثها عن أبيه، أو أنه قـد اشترها فـحكم القاضى له بناء على البينة ووضع الـيد، فالأصح أن اجتـهاده الأول كان مبنيّـا على خطأ، وقد ظهرت بينة الثانى مع وضع يده وهو أقوى، فـعدول القاضى فى هذه القضـية لا يسمى نقضًـا وإنما تبين له الخطأ فى القضـاء فحكم لمن رجحت حـجته بالبينة ووضع اليد فيسمى هذا عدولاً عن الخطأ، فالواقع أن هذه الصورة ليست بمستثناة[٢].

ويتضح من هذا كله أنه يجـوز نقض قضاء القـاضى إذا خالف نصّا أو إجـماعًا أو قيـاسًا جليّا، وتوضيح ذلك فيما يلى:

أولاً: ما خالف الكتـاب مثاله: القضاء بشاهد ويمـين فهذا القضاء مخـالف لقوله تعالى: **﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾** (البقرة: ٢٨٢) فقوله تعالى **﴿ وَاسْتَشْهِدُوا ﴾** مجمل فسره بنوعين: برجلين، ورجل وامرأتين، والمجمل إذا فـسر كان بيانًا لجميع مـا يتناوله لفظه، فجعل الشاهد واليمـين حجة زيادة على النص بخبر الواحد وهو جار مجرى النسخ فـلا يجوز العمل به وقد أبطل بعض العلماء العمل به ومنهم على وأبو حنيفة وأصحابه والثورى وغيرهم لما ذكرناه.

ثانيًا: ما خالف السنة: ومثاله: القضاء بحل المطلقة ثلاثًا للأول قبل أن يدخل بها الثانى،

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٤ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٦.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١١٦.

فإنه مخالف للسنة المشهورة فيما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت: طلق رجل امرأته ثلاثًا، فتزوجها رجل ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فأراد زوجها الأول أن يتزوجها، فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: لا، حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول[(١)].

ثالثًا: ما خالف الإجماع: ومثاله ما إذا قضى القاضى بصحة نكاح المتعة، فإن هذا القضاء مخالف للإجماع لأن الصحابة أجمعوا على فساده، وصح رجوع ابن عباس عنه.

رابعًا: نقص الحكم الاجتهادى بحكم اجتهادى مماثل إذا كان الحكم الأول لا دليل عليه، أو كان بخلاف شرط الواقف، لأن شرط الواقف كنص الشارع فلا يجوز مخالفته إلا عند الضرورة فإن كان شرط الواقف مخالفًا للشارع كما لوقف على البغايا فهذا وقف باطل فيلزم مخالفته وينقض حكم الحاكم إذا خالف نصّا أو شيئًا مما تقدم، أو يكون الحاكم قد أخطأ فى طريق الحكم لا فى الحكم كأن يحكم ببينة مزورة أو يكون الشهود غير عدول فينقض الحكم هنا لتبين بطلانه[(٢)].

القاعدة الثانية: لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص[(٣)]

معنى القاعدة

أن الاجتهاد غير مطلوب فى مسألة ورد فيها نص، لأن جواز الاجتهاد مشروط بعدم وجود نص قطعى الثبوت والدلالة، فإذا وجد النص فالاجتهاد ممنوع، والمراد بالنص هنا: الكتاب والسنة.

فليست الأحكام الشرعية كلها مجالاً للاجتهاد، بل منها ما يجوز الاجتهاد فيه ومنها ما لا يجوز الاجتهاد فيه، فهى ضربان: ضرب يسوغ فيه الاجتهاد وضرب لا يسوغ فيه الاجتهاد، أما ما لا يسوغ فيه الاجتهاد فهى الأحكام التى يمكن تسميتها بالقطعيات، بمعنى أنه لا مجال للعقل أن يدرك منها إلا حكمًا بعينه، لا فهذه مساغ للاجتهاد فيها والواجب اتباع حكم النص فيها بعينه... وهى ثابتة لا تتغير ولا تتبدل مهما تغيرت وتبدلت الأزمان والأماكن، كإيجاب الصلاة والصوم فى رمضان، والزكاة والحج وكإيجاب الوفاء فى العقود، واشتراط الرضا فى البيوع[(٤)] وكتوريث الجدات السدس، ومنع توريث ابن الابن مع وجود الابن، وبطلان زواج المسلمة بغير المسلم، فهذا النوع من الأحكام ليس محلا للاجتهاد، لأن الأحكام القطعية لا

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ١٠/ ٣٠٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١١٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٨.

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة: ١٤، المدخل الفقهى العام، فقرة ٦٢٣.

(٤) مصادر التشريع فيما لا نص فيه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص٩ دار القلم الكويت.

يتصور بذل الجهد والوسع فيها، ولا يجوز لأى امرئ مهما كان أن يقول فيها باجتهاده برأيه إذ هى حقائق ثابتة ليست قابلة للتغيير ولا للتبديل ولو تغير الزمان أو المكان، وليس ثمة احتمال لثبوت بطلانها(١)، وكتحريم الزنا والقتل وشرب الخمر والإيمان بكل ما هو معلوم من الدين بالضرورة(٢) فهذه لا مجال للاجتهاد فيها، ويجب على المسلم أن يعمل بها لأن هذه الأحكام يقينية قطعيـة وصلت إلينا بالتواتر القطعى ونقلها الخلق عن الناس جيلاً بعـد جيل منذ العصر النبوى حتى الآن.

وأما ما يسوغ الاجتهاد فيه فـهى الأحكام التى يمكن أن نسميها بالظنية وهى التى لم تثبت بالدليل المتواتر الذى لا يحتمل تأويلاً، وهى قد تتغير وتتبدل من زمان إلى زمان، ومن مكان إلى مكان قد حدد الغزالى الحكم المجتهـد فيه بأنه كل حكم شرعى ليس فيه دليل قطعى(٣)، ومجال الاجتهـاد متسع لاستنباط الأحكام للوقائع الجديدة، والبحث عن حكـمها بأدلة عقلية من المصادر التبيعية كالقيـاس الذى هو أبرز ألوان الاجتهاد عند الجمهور فى حالة عدم وجود النص حتى قال الشـافعى: الاجتهـاد هو القياس(٤)، وكالاستحسـان أو المصالح المرسلة أو العرف أو الاستصحاب ونحوها من الأدلة المختلف فيها.

تعريف الاجتهاد:

الاجتـهاد مأخوذ من الجـهد (بفتح الجـيم وضمها) وهو فـى اللغة بذل الوسع فى طلب الأمر، وتحصيل مـا فيه كلفة ومشقة، يقـال: اجتهد فى حمل الصخرة ولا يقـال: اجتهد فى حمل النواة لعدم المشقة فى حملها.

وعند الأصوليين له تعـريفات كثيرة أرجحهـا تعريف البيضاوى بأنه: استـفراغ الجهد فى درك الأحكام الشرعية(٥).

فدرك الأحكام مـعناه تحصيلهـا، سواء كان على سـبيل الظن أو على سـبيل القطع(٦)، ويفهم من هذا التعريف بأن الفـقيه لا يوصف بأنه مجتهد ما لم يبـذل أقصى طاقته وقدرته فى

---

(١) الاجتهاد فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد الدسوقى ص٢٩٣، ١٢٣.

(٢) اللمع للشيرازى ص١٢٩ دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٥/ ١٩٨٥.

(٣) المستصفى ص٣٤٥.

(٤) الرسالة للإمام الشافعى ص٤٧٧ مكتبة دار التراث القاهرة.

(٥) انظر: شرح الإسنوى ومعـه شرح البدخشى ٣/ ٢٦٠، ٢٦١ دار الكتب العلمية بيـروت الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٤م.

(٦) أصول الفقه لفضيلة أستاذنا الدكتور محمد أبى النور زهير ٤/ ٢٢٣.

استخراج الحكم الشرعى من الدليل بحيث لا يستطاع بذل وسع أكثر من ذلك، فإذا بذل المجتهد وسعه فى الطلب بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب فهذا هو الاجتهاد التام وغيره الناقص.

وجوب الاجتهاد:

الاجتهاد واجب على كل من توافرت فيه شروط الاجتهاد، فإنه حينئذ يصير مكلفًا شرعًا باستنباط أحكام جميع المسائل المستجدة والوقائع المستحدثة التى يراد حكم الله فيها سواء كان لنفسه أو لغيره، فإذا لم يفعل كان آثمًا ولا يسقط عنه الإثم إلا إذا قام به غيره.

وقد استدل العلماء على وجوب الاجتهاد بالكتاب والسنة والنظر العقلى.

أما من الكتاب فقول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ**﴾ (النساء: ٥٩).

وقوله تعالى: ﴿**وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ**﴾ (النساء: ٨٣).

والمقصود بالرد إلى الله والرسول إنما هو الرد إلى أحكام الله التى وردت فى الكتاب والسنة، ولا يكون هذا إلا بالبحث والنظر حتى يكون الاستنباط قائمًا على أسس سليمة، وإدراك واع لمصادر الأحكام وعللها والاجتهاد هو السبيل إلى ذلك فيكون واجبًا[١].

وأما من السنة فأحاديث كثيرة منها ما روى عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ قال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»[٢] وعن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتى أمر الله وهم كذلك»[٣] فالطائفة هم المجتهدون فى الأحكام الشرعية والعقائد الدينية، وأمر الله هو شرعه ودينه، فقد أخبر ﷺ باستمرار الحق إلى قرب انتهاء الدنيا وحتى تقوم الساعة، وذلك لئلا تخلو الأرض من قائم لله بالحجة، والمراد بالاجتهاد فى باب العقائد إظهار الحق والدين.

وقد أقر النبى ﷺ اجتهاد كثير من الصحابة ﷺ فى فهم النصوص أو فى المراد منها أو فيما لا نص فيه[٤].

---

(١) الاجتهاد فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد الدسوقى العدد ٧٤٧ من سلسلة دراسات فى الإسلام المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ص١٨.

(٢) صحيح البخارى باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ٦/ ٢٦٧٦ الحديث رقم ٦٩١٩.

(٣) صحيح البخارى باب قول النبى ﷺ لا تزال طائفة ٦/ ٢٦٦٧ الحديث رقم ٦٨٨١.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٩/ ٢١٣.

وأما من جهـة النظر العقلى فإن الله سبحانه وتعالى ختم الرسـالات والشرائع بشريعة نبيه محـمد ﷺ الذى جعل رسـالته صالحـة لكل زمان ومكان، ونصوص الشـريعة محـصورة ومحدودة لا تـفى بحوادث الناس المستـجدة التى لا تحد، وأمور العـباد المستـحدثة التى لا تحصر، فيجب التعرف على أحكام الأمور المستحدثة عن طريق الاجتهاد بقياسها على نظائرها أو توجيهها إلى تحقـيق المصالح التى تهدف إليها الشريعة، فبدون هـذا تصبح الشريعة جامدة وغير متطورة، فلا تصلح لكل زمان ومكان(١).

أنواع الاجتهاد:

الاجتهاد نوعان:

الـنـوع الأول: اجتهاد فى فـهم النصوص لإمكان تطبيقها، وهذا واجب على كل مـجتهد، وخاصة إذا كان النص عامًا أو مجملاً أو مطلقًا، فالعام يخصص والمجمل يفصل والمطلق يقيد.

النوع الثـانى: اجتهاد عن طريق القياس والرأى، وهـذا لا يجوز الالتجاء إليه إلا بعد ألا نجد حكم المسألة المطلوب مـعرفة حكمها فى الكتاب أو السنة أو الإجمـاع، أو هو كما قال ابن القيم: مـا يراه القلب بعد فكـر وتأمل وطلب لمعرفـة وجه الصـواب مما تتـعارض فـيه الأمارات(٢).

وعليه، فإن الاجتهاد بالرأى يكون عند عدم وجود النص ويتحقق على الوجه الآتى:

أولاً: الأحكام العملية التى تسـتند إلى نصوص ظنية فى الورود ـ أى الثبوت ـ وهذه فـيها مجال للاجتهاد فى حدود البحث فى سند وطريق وصوله إلينا ودرجة رواته من العدالة والضبط والثقة والصـدق، وفى ذلك يختلف تقدير المجـتهد للدليل فمنهم من يأخـذ به لاطمئنانه إلى ثبوته، ومنهم من يرفض الأخذ به لعدم اطمئنانه إلى رواته.

فأبو حنيفة اشترط فى الحديث كونه مـشتهرا فى أيدى الثقات، وألا يعمل الراوى بخلاف ما روى، ولا يكون فيما تعم به البلوى، وقد يترك القياس لضرورة أو أثر، أو يقدم عليه الأخذ بأصل عام أو قياس أرجح منه، ويسمى ذلك استحسانًا.

وهذا باب من الأبواب التى اخـتلف من أجـلها المـجـتـهـدون فى كثـيـر من نزعـاتهم العلمية(٣).

ثانيًا: الأحكام العملية التى تستند إلى نصوص ظنية فى الدلالة.

---

(١) أصول التشريع الإسلامى للشيخ على حسب الله ص٩٠، ٩١ دار الفكر العربى القاهرة.

(٢) إعلام الموقعين ١/ ٦٦.

(٣) أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص٢١٧ دار القلم الكويت.

وهذه فيها مجال للاجتهاد فى حدود تفهم النص ولا يخرج عن دائرته[١] وكان الاجتهاد فيه البحث فى معرفة المعنى المراد من النص من تفسيره أو تأويله وقوة دلالته على المعنى، وفى سلامته من المعارضة أو معارضته بما يؤثر فيه من نسخ أو تقييد أو تخصيص أو نص راجح أو ما يدخل فيه من الجزئيات وما لا يدخل[٢].

ثالثًا: الأحكام التى لا تدل عليها نصوص أصلاً لا قطعية ولا ظنية ولم ينعقد إجماع المجتهدين عليها فى عصر من العصور.

ومجال الاجتهاد هنا متسع لاستنباط الأحكام للوقائع الجديدة فمجال الاجتهاد هو البحث عن حكمها بأدلة عقلية من المصادر التبعية وهو ما نصه الشارع من أمارات للدلالة على الأحكام كالقياس الذى هو أبرز ألوان الاجتهاد عند الجمهور فى حالة وجود النص حتى قال الشافعى: الاجتهاد هو القياس[٣]، وكالاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف أو الاستصحاب ونحوها من الأدلة المختلف فيها.

يقول الشاطبى: «فلم يبق للدين قاعدة يحتاج إليها فى الضروريات والحاجيات والتكميليات إلا وقد بينت غاية البيان، نعم يبقى تنزيل الجزئيات على تلك الكليات موكولاً إلى نظر المجتهد، فإن قاعدة الاجتهاد أيضًا ثابتة فى الكتاب والسنة، فلا بد من إعمالها ولا يسع تركها، وإذا ثبتت فى الشريعة أشعر بأن ثم مجالاً للاجتهاد، ولا يوجد ذلك إلا فيما لا نص فيه»[٤].

رابعًا: الاجتهاد فى مقاصد الشريعة، وفيه يقول الشاطبى: «فالمجتهد إنما يتسع مجال اجتهاده بإجراء العلل والإلفات إليها ولولا ذلك لم يستقم له إجراء الأحكام على وفق المصالح إلا بنص أو إجماع[٥] فالنصوص إذا أخذت بظاهرها وحرفيتها فقط ضاق نطاقها، وإذا أخذت بعللها ومقاصدها كانت معينًا يفتح باب القياس وتجرى الأحكام فى تحقيق مقاصد الشارع فى جلب المصالح ودرء المفاسد.

وخلاصة ذلك كله أن الاجتهاد بالرأى يكون عند عدم وجود النص الثابت ثبوتًا قطعيًا فى دلالته وسنده:

فعند ذلك إما أن يستنبط الفقهاء أحكام الحوادث الجديدة من القواعد العامة التى جاء بها القرآن والسنة، وإما أن يقيسوا المسائل الجديدة التى لم يرد بها نص على ما ورد فيها من أحكام الفروع الأخرى.

---

(١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص١١.

(٢) أصول التشريع الإسلامى للأستاذ على حسب الله ص٨٧.

(٣) الرسالة للشافعى ص٤٧٧.

(٤) الاعتصام ص٢٦٣.

(٥) الموافقات ١/ ١٤٦.

وإما أن يراعى المجتهد روح الشريعة ومقاصدها العامة وأسس التشريع الإسلامى التى قام عليها، وهى اليسر ورفع الحرج وقلة التكاليف وتحقق العدالة.

شروط الاجتهاد:

فى مجال الاجتهاد، واستنباط الأحكام الشرعـية من مصادرها الأصلية، فإنه يتطلب فيمن يتولى هذه المهمة أن تتوافر له شروط ذكرها الفقهاء ويأتى فى مقدمتها:

١- أن يكون ماهرًا بمعرفة الأدلة الشرعيـة، وهى الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وما التـحق بها من باقى الأدلة، من المـصالح المـرسلة، والاسـتحـسان وخبـر الواحـد، وقول الصحابى، والعرف، ويكون عـالمًا بما يشترط فى الأدلة من وجوه دلالتهـا، وهذا يستفاد من علم أصول الفقه.

٢- أن يكون عـارفًـا بعلـوم القـرآن والحـديث، والناسخ والمنـسـوخ والنحـو واللغـة والتصـريف، واختـلاف العلماء واتفاقـهم، بالقدر الذى يمكن مـعه من الوفـاء بشروط الأدلة والاقتباس منها وأن يكون ذا دراية وارتياض فى استعمال ذلك.

٣- أن يكون عالمًا بالفقه، ضابطًا لأمهات مسائله، وتفاريعه.

٤- أن تكون الأحكام الشرعية على ذهنه، فلا يشترط أن يكون حافظًا لجميع الأحكام بل يكفى أن يكون حافظًا لمعظمها متمكنًا من إدراك الباقى عند الحاجة إليه.

٥- أن يكون بصيرًا بمـسالك الأقيسة والمـعانى، تام الارتياض فى التخـريج والاستنباط ماهرًا بإلحاق ما ليس منصوصًا عليه بما نص عليه الأئمة المجتهدون.

فمن جمع هذه الأوصاف استطاع أن يستنبط الأحكام من مـصادرها وأن يكون مجتهدًا فى الدين، ويتأدى به فرص الكفاية لأنه يستقل بالأدلة بغير تقليد.

ويتطلب من القائم بمهمة الاجتهاد أن يبذل قـصارى جهده وأقصى طاقته للوصول إلى ما يعتقـد أنه حق، ولا يكلف أن يصيب عين الحق فى علم الله تعـالى، فإن الله وحده هو الذى يعرف عين الحق، فـإذا سعى واجتهـد وأخفق فى الوصول إلى عين الحق فـلا يلام فقد بذل قصارى جهده، وكل ما عنده من إمكانيات علمية وذهنية وأفرغ وسعه وطاقته فى الوصول إلى معرفـة الحكم وكفاه ذلك، فـإن وفق فى الوصول إلى عين الحق فى علم الله تعالـى استحق أجرين: أجرًا على جهده واجتهاده وأجرًا على إصابته عين الحق، فقد قال رسول الله ﷺ: «إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»[1].

والحكم الاجتهادى حكم ظنى قابل للخطأ والصواب، وليس له صفة الإلزام إلا للمجتهد

(١) انظر: الرسالة للشافعى ص٤٩٤.

ولمن رضى قوله، وهو قابل لاختلاف الآراء حوله، والاختلاف بين الفقهاء أمر طبيعى فى أحكام المسائل الاجتهادية، لذلك كان رسول الله ﷺ يدرب أصحابه على الاجتهاد واستنباط الأحكام التى ليس لها نصوص ثابتة لتظل شريعة الإسلام باقية خالدة صالحة للتطبيق محققة لمصالح العباد إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ويعتمد المجتهد فى استنباطه الأحكام ليصح اجتهاده على أمور:

١- معرفة بالأدلة السمعية التى تؤول إلى الكتاب والسنة والإجماع وما اختلف فيه العلماء من الأصول الأخرى.

٢- التأكد من دلالة اللفظ فى اللغة العربية وفى استعمال البلغاء وهذه الدلالة إما بالمنطوق أو بالمفهوم أو المعقول وهو القياس وأنواع الاستدلال المختلف فى حجيتها بين الأئمة.

٣- القدرة على الموازنة بين الأدلة واختيار أرجحها وأقواها على ما دونه(١).

فالمعرفة بالأدلة السمعية، والتأكد من الدلالات اللغوية، والقدرة على الموازنة والترجيح بين الأدلة، تلك هى العناصر التى يتوقف عليها المجتهد للقيام بمهمة الاجتهاد والاستنباط، وتنزيل الحكم على واقع الحياة، والدلالات السمعية، وطرق التأكد من معانيها والترجيح بينها هو ما يبحث فيه علم الأصول والاجتهاد.

فلا بد للفقيه والعالم إذا أراد أن يكون مجتهدًا من معرفة الكتاب وقراءاته وناسخه ومنسوخه، ومعرفة السنة واصطلاحاتها، ودرجاتها، ومركزها من القرآن، ولا بد كذلك من معرفة علم الأصول واللغة، وأقوال الفقهاء، وأسباب اختلافهم وطرق الاستدلال السمعية والعقلية ومقاصد الشريعة.

وذكر ابن القيم(٢): أن الإمام الشافعى رضي الله عنه قال فيما رواه عنه الخطيب فى كتابه الفقيه والمتفقه: «لا يحل لأحد أن يفتى فى دين الله إلا رجل عارف بكتاب الله تعالى... بصير بحديث رسول الله ﷺ، ويعرف من الحديث مثل ما عرف من القرآن، ويكون بصيرًا بالشعر وما يحتاج إليه للسنة والقرآن، ويستعمل هذا مع الإنصاف ويكون بعد هذا مشرفًا على اختلاف أهل الأمصار، وتكون له قريحة بعد هذا، فإن كان هكذا فله أن يتكلم ويفتى فى الحلال والحرام، وإذا لم يكن هكذا فليس له أن يفتى، فلا يصح بحال أن يتصدى للاجتهاد والفتوى من لم يجمع شروط الاجتهاد، وليس كل من اشتغل بالفقه أو ألف فيه أو حفظ مجموعة من الأحاديث يعد مجتهدًا.

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها لعلال الفاسى ص١٦٥.

(٢) إعلام الموقعين ١/ ٤٦.

فـروع القـاعـدة: من فروع هذه القاعـدة: أن الحاكم لو قضى بعدم صحة رجـعة الزوجة الرجعية بدون رضاها لا ينفذ هذا القضاء لأنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ (البقرة: ٢٢٨).

ولو قضى الـحاكم بحل المطلقـة ثلاثًا بمجـرد عقد الزواج الـثانى، لا ينفذ حـكمه لأن حديث العسيلة يخالفه فيكون التحليل بدون الوطء مخالفًا لهذا الحكم فلا يجوز.

ومعلوم أنه قد يرد حديث فى موضوع فيراه بعض الفقهاء صـحيحًا فيعمل بموجبه ويترك القياس المخـالف له، بينما لا يراه غيره كذلك فـيتركه ويلجأ للقياس، وهذا جـائز وليس مما نحن فيه.

القاعدة الثالثة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام[١]

معنى القاعدة:

أن كل أمر اجتمع فيه ما يقتضى الحل والحرمة يُغَلب المحرِّم على المحلِّل، عملاً بما هو أحوط فى الدين.

دليل القاعدة:

استدل لهذه القاعدة بحديث أورده جماعة بلفظ: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال» لكنه قال الحافظ أو الفضل العراقى: لا أصل له، وقال السبكى فى الأشباه والنظائر نقلاً عن البيهقى: هو حديث رواه جابر الجعفى عن الشعبى عن ابن مسعود وهو منقطع.

قـلـت: وأخرجه من هذا الطريق عبد الرَّزاق فى مصنفـه وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع.

ثم قال ابن السبكى: غيـر أن القاعدة فى نفسها صحيـحة، قال الجوينى فى السلسلة: لم يخرج عنها إلا ما ندر[٢].

فالحديث اجتمع فيه ثلاثة أشياء:

١- أنه لا أصل له فيكون موضوعًا.

٢- أنه مرسل وهو ما يرويه أحد التابعين الذين لم يروا النبى ﷺ مثل الحسن البصرى وابن سيرين وسعيد بن المسيب، ويقول: قال النبى ﷺ من غير أن يذكر من حدثه به عنه.

٣- أنه موقوف على ابن مسعود والحديث الموقوف ليس مرفوعًا إلى النبى ﷺ.

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١١٧، والأشباه، لابن نجيم، ص١٠٩.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١١٧، ١١٨.

وعلى هذا فإن الحديث لا يصلح الاحتجاج به عند الشافعية، وإن كان عند غيرهم يصلح.

فيكون الدليل الصحيح لهذه القاعدة قوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[١] وقوله ﷺ: «يا وابصة البر ما اطمأنت إليه النفس واطمأن إليه القلب والإثم ما حاك فى النفس وتردد فى الصدر وإن أفتاك الناس وأفتوك»[٢].

وعليه فإذا تعارض دليلان أحدهما يقتضى التحريم والآخر الإباحة، قدم التحريم فى الأصح.

لما روى عن معاذ بن جبل قال: سألت رسول الله ﷺ عما يحل للرجل من امرأته وهى حائض؟ فقال: «ما فوق الإزار»[٣] وحديث: «افعلوا كل شىء إلا الجماع» قاله فى تفسير قوله تعالى: ﴿**فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ**﴾ (البقرة: ٢٢٢) وفى رواية لمسلم: «اصنعوا كل شىء إلا النكاح»[٤].

فإن الأول يقتضى تحريم ما بين السرة والركبة، والثانى يقتضى إباحة ما عدا الوطء، فيرجح التحريم احتياطًا[٥].

والإزار: ثوب يحيط بالنصف الأسفل من البدن، يقال: فلان عفيف الإزار أى عَفَّ عما يحرم عليه من النساء.

والرداء: ما يغطى النصف الأعلى من الجسد.

والمراد بالإزار: أن تشد المرأة إزارًا تستر به سرتها وما تحت الركبة، فقد ورد فى حديث عائشة قالت: «كانت إحدانا إذا كانت حائضًا فأراد رسول الله، أن يباشرها، أمرها أن تأتزر بإزار فى فور حيضتها ثم يباشرها».

والمحل الذى حصل فيه التعارض ما تحت الإزار، فكان ما فوق ذلك لا خلاف فى التمتع به.

قال الأئمة: وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم وذلك أولى من عكسه سدًا للذريعة لما كان من الحوم حول الحمى مظنة الوقوع فيه، فقد ثبت فى الصحيحين من حديث النعمان بن بشير مرفوعًا بلفظ: «من رتع حول الحمى يوشك أن يواقعه»[٦].

---

(١) سنن الدارمى، جـ٢/ ٢٤٥ - ٢٤٦.
(٢) المرجع السابق، جـ٢/ ٢٢.
(٣) رواه أبو داود، قال ابن حجر: ليس بالقوى، (التلخيص، جـ١/ ١٦٦).
(٤) التلخيص، جـ١/ ١٦٤.
(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١١٨.
(٦) نيل الأوطار، جـ١/ ٣٢٤.

ومن ثم وجب غسل جزء من الرقبة والرأس مع الوجه ليتحقق غسله، وغسل جزء من العضد، والساق مع الذراع، وستر جزء من السرة والركبة مع العورة، وجزء من الوجه مع الرأس للمرأة، وحرم الاستمتاع بما بين السرة والركبة فى الحيض لحرمة الفرج.

قال السيوطى: ضابط كل محرم فحريمه حرام إلا صورة واحدة، لم أر من تفطن لاستثنائها، وهى دبر الزوجة، فإنه حرام وصرحوا بجواز التلذذ بحريمه، وهو ما بين الأليتين(١).

فرع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطى فروعًا كثيرة لهذه القاعدة ومنها:

١- ما ذكره بقوله: لو اشتبهت إحدى محارمه بأجنبيات، وأراد الزواج منهن مع وجود الاشتباه فننظر هل هن محصورات أو لا؟ فإن كن محصورات حرم الزواج منهن لأن الوقوع فى الزواج بالمحرم ممكن.

وأما إذا كان الاشتباه فى غير المحصورات فإن له أن يتزوج لأنه يندر أن يقع فى المحرم(٢).

والمحْرَم من النساء: هى التى لا يحل له أن يتزوجها لسبب من أسباب المحرمية سواء كان التحريم مؤبدًا أو مؤقتًا، ولكل من هذين النوعين أسباب تقتضيه.

فأما الأسباب التى تقتضى تأبيد حرمة التزوج بالنساء فثلاثة وهى: القرابة والمصاهرة والرضاع، وأما الأسباب التى تقتضى حرمة بعض النساء حرمة مؤقتة بوجود المانع فهى خمسة وهى:

كون الزواج بالمرأة مؤديًا إلى الجمع بين محرمين، وتعلق حق للغير على المرأة التى يريد العقد عليها، وتطليق الرجل المرأة التى يريد العقد عليها طلقة ثالثة، وكون الرجل متزوجًا بأربع حرائر غير الزوجة التى يريد العقد عليها، وكون المرأة غير متدينة بدين سماوى(٣).

٢- ومن صور اجتماع المحرم والمحلل: رجل له زوجات وقال: إحداكن طالق، فكل واحدة منهن تعتبر طالقًا فلا يحل وطء واحدة منهن؛ لأن كل واحدة منهن اجتمع فيها محلل ومحرم فيغلب المحرم على المحلل.

---

(١) الأشباه والنظائر، ص١٣٩.

(٢) إحياء علوم الدين لأبى حامد الغزالى جـ٥/ ٨٢٩.

(٣) أحكام عقد الزواج فى الفقه الإسلامى، للمؤلف، ص١٤٦.

روى ابن عمر قال: «أسلم غيلان الثقفى وتحته نسوة فى الجاهلية، فأسلمن معه، فأمره النبى ﷺ يختار منهن أربعًا»[١] فإن كل واحدة قبل التعيين تحتمل الإمساك وعدمه، فالوطء حرام قبل التعيين، وإن امتنع عن التعيين رفع الأمر إلى القاضى فيلزمه القاضى بالتعيين، وكذا فى مسألة الطلاق.

٣- ولو اختلط درهم حلال بدراهم[٢] حرام أتت من ربا أو غش ولم يتميز الدرهم الحلال فعليه أن يعزل قدر الحرام بنية القسمة ويتصرف فى الحلال كما يشاء والحرام عليه أن يمسكه فإن عرف صاحبه رده إليه، وإن لم يعرفه صرفه فى مصالح الدولة أو تصدق به عن مالكه.

أما إذا تميز الحلال عن الحرام فلا داعى للقسمة حينئذ، وهذا ما قاله ابن الصلاح وذكر مثل قول ابن الصلاح النووى قال: اتفق أصحابنا ونصوص الشافعى على مثل قول ابن الصلاح فيما إذا غصب زيتًا أو حنطة وخلط بمثله، قال أصحابنا: يدفع إليه من المختلط قدر حقه ويحل الباقى للغاصب، قال النووى: فأما ما يقوله العوام: إن اختلط مال بغيره يحرمه فباطل، لا أصله له[٣].

مستثنيات القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة بعض الفروع تكون صورتها واحدة ولكن حكمها مختلف.

نذكر من هذه الصور:

١- ما إذا اشتبهت عليه أوانى نجسة بأوانى طاهرة، القاعدة تقتضى أنه لا يستعمل واحدة من هذه الأوانى، مثل الطلاق الواقع على أكثر من زوجة فإنه يحرم عليه أن يطأ الكل.

لكن هنا قالوا: يجب عليه أن يتحرى حتى يغلب على ظنه النجس من الطاهر، والسر فى ذلك أن الشريعة الإسلامية مبناها رفع الحرج عن الناس.

٢- وكذلك الثياب يجتهد فيها فما وصل إلى طهارته منها استعمله.

٣- ولو اشترى ثوبًا بعضه من قطن وبعضه من حرير دودة القز، فإذا كان الحرير أكثر من القطن حرم، وإن كان القطن أكثر من الحرير حل وإن استويا حل فى الأصح إلحاقًا بما إذا كان الحرير أقل، والحرمة على أن جانب الحرير أكثر من جانب القطن احتياطًا.

وهذا تخفيف على الناس ورحمة بهم، وكان مقتضى القاعدة حرمة هذا الثوب مطلقًا.

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه والترمذى، نيل الأوطار، جـ٦/ ١٨٠.

(٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام جـ٢/ ٢٢.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١١٩.

٤- ونظير الاجتهاد فى الأوانى والثياب، تفسير القرآن الكريم، وذلك لأن التفاسير مختلفة، منها ما يكون التفسير فيها أكثر وآيات القرآن فيها أقل، وعلى هذا يكون اجتمع فيه محلل وهو جواز المس للمحدث وهو التفسير واجتمع محرم وهو القرآن، فكان حسب القاعدة أن يغلب المحرم على المحلل، ولكن للتخفيف على الناس قالوا: إذا كان التفسير أكثر من آيات القرآن جاز للمحدث مسه، وإذا كان التفسير أقل حرم المس لكثرة القرآن على التفسير ككثرة الحرير على القطن، وإن استويا ففيه رأيان، والأصح منهما جواز المس، وأما إذا كان القرآن أكثر فيحرم قطعًا.

٥- وكذلك الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام فى يده، فإن الأخذ فى هذه الحالة حرام وبه قال الغزالى، ولكن قال النووى: المشهور أن أخذ العطية من السلطان إذا غلب فى ماله الحرام على الحلال مكروه؛ لأن عطية السلطان إذا ردت كان فى ذلك مذلة وسقوط لهيبة السلطان وتنزل بمستواه فى نظر الناس، وفيه من إفساد النظام ما لا يخفى، ولقد كان الإمام أحمد بن حنبل يرد المال الذى يأتيه من السلطان ولا يقبله وإذا قبله مضطرًا لا يبقى معه إلا ريثما ينتهى من توزيعه على فقراء المسلمين وغيرهم من أهل التحمل والحاجة، وقد يفهم من ذلك أن الإمام كان يرى أن أخذ مال الخلفاء حرام لا شك فى حرمته ولكن يغلب على الظن أنه ليس عنده كذلك وإنما كان عنده موضع شك، فيروى «أنه دخل عليه ابنه يعوده وهو مريض فقال له: يا أبت عندنا شىء بقى مما كان يبرنا به المتوكل، أفأحج منه؟ قال: نعم، قال: فإذا كان هذا عندك هكذا فلم لا تأخذه؟ قال: يا بنى ليس هو عندى بحرام ولكنى تنزهت عنه»[1].

٦- ومن الصور المستثناة: معاملة من أكثر ماله حرام، فإذا كان رجل يتعامل بالربا، فإنه لا يحرم التعامل معه فى الأصح إذا لم يعرف عين المال الحرام بل اختلط هذا بمال حلال عنده ولكن يكره التعامل معه من باب الورع، وكان مقتضى القاعدة حرمة هذا التعامل لأنه اجتمع فيه الحلال والحرام لكن الله تعالى لم يحرم ذلك ولو حرمه لوقع الناس فى الحرج فى هذا العصر الذى أصبحت فيه البنوك هى جهة التعامل الرسمية وهى كثيرًا ما تتعامل بالربا، وكان مقتضى اختلاط الحلال فيه بالحرام أن يحرم التعامل معها، لكن السيوطى قال بالكراهة، وهذا هو الأصح.

ومقابل الأصح تكون المعاملة حرامًا إذا كان أكثر المال حرامًا وعلى هذا فالفرع من القاعدة.

---

(١) مناقب الإمام أحمد بن حنبل لابن الجوزى ص٢٥٨.

٧- لو اختلطت امرأة محرَّمة بنسوة قرية كبيرة فله النكاح منهن؛ لأنه يندر أن يقع فى المحرم فكان له أن يتزوج من تلك القرية، وأيضًا لو اختلط حمام مملوك بحمام مباح لا ينحصر جاز الصيد من الكل ولو كان المملوك غير محصور فى الأصح، فالمحرم وجود حمام مملوك والمحلل وجود حمام مباح والحكم جواز الاصطياد من الكل لو كان المباح غير محصور لندرة الوقوع فى المحرم(١).

والمحصور: ما يمكن عده والوقوف عليه، وأما غير المحصور: فيضبط بالتقريب، فكل عدد لو اجتمع فى صعيد واحد لعسر على الناظرين عده بمجرد النظر كالألف ونحوه فهو غير محصور، وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن أى أن الأعداد التى توسطت المائة والعشرة كالستين والسبعين هذه تلحق بالمحصور أو بغيره بحسب الظن.

قال الغزالى: لو اختلط فى البلد حرام بحلال لا ينحصر، لم يحرم الشراء منه بل يجوز الأخذ منه ما لم يقترن بعلامة تدل على أنه من الحرام كما هو الحال فى السودان، فإنهم يعلمون حيواناتهم بعلامات تعرف بها وتميزها عن غيرها ومن ثم فلا يجوز لأحد أخذها مع وجود العلامة؛ لأن العلامة قرينة دالة على أنها مملوكة لشخص معين(٢).

* * *

القاعدة الرابعة: إذا اجتمع المقتضى والمانع قدم المانع

ومثلها قاعدة: (إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم)(٣).

معنى القاعدة:

أن المانع يقدم على المقتضى عند التعارض؛ لأن اعتناء الشارع بالمنيهات أشد من اعتنائه بالمأمورات.

والمراد بالمقتضى هنا الأمر الطالب للفعل، فوجود المانع يمنع من الفعل غالبًا، فمثلاً الولد الذى يقتل أباه لا يرث، فالمانع من الميراث القتل، والمقتضى له البنوة فيقدم المانع فلا يرث.

(١) إحياء علوم الدين للغزالى جـ٥/ ٨٣٠ - ٨٣١.

(٢) يراجع إحياء علوم الدين جـ٥/ ٨٣١.

(٣) قواعد الزركشى، حرف التاء، مجلة الأحكام، المادة ٤٦، المدخل الفقهى، فقرة ٥٩٥، والأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٢٨.

فالـمانع وصف وجـودى يلزم من وجوده العـدم، والمقـتضى وصف وجـودى يلزم من وجوده الوجود.

وتقديم المانع على المقتضى مشـروط بما إذا لم يَرْب المقتضى على المانع، بأن تساويا، كما فى مـسألة بيع الراهن العين المرهونة، فـإن المانع والمقتضى مـتساويان لتعلقهـما بالمال المرهون على السـواء، وكذلك إذا ربا المانع، كمـا فى مسألة الخروج على الإمـام الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه مفسدة أعظم من جوره، فإنه حينئذ يقدم المانع.

أما إذا ربا المقتضى على المانع فالظاهر أنه يقدم المقتضى، بدليل أنهم قالوا: إذا لم يجد المضطر ما يدفع به الهلاك عن نفـسه إلا طعام الغير فإنه يجوز له تناوله جـبرًا عليه، ويضمنه له، وتجويزهم التناول جـبرًا على المالك فيـه ترجيح للمقتـضى، وهو إحياء المهـجة، على المانع وهو أن الطعـام ملك الغير، ومـا ذاك إلا لكون المقتضـى رابيًا على المانع فإن حـرمة النفس أعظم من حرمة المال[1].

دليل القاعدة:

قام الدليل لهذه القاعدة بقوله ﷺ: «ما نهيـتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم»[2].

فروع القاعدة:

هذه القاعدة يدخل تحتها فروع كثيرة نذكر منها ما يلى:

١- إذا خرج رجل فى سبـيل الله مجاهدًا ثم قتل وهو جنب فالأصح أنه لا يغـسل تغليبًا للمانع على المقتضى فالمقتضى للغسل الجنابة والمانع من الغسل الشهادة.

وفى هذه المسألة خلاف بين الفقهاء، فالجمهور على أنه لا يغسل وبعض الحنفية يقولون يغسل بناء على أن الغسل واجب وعليه فالفرع خارج عن القاعدة لتقديم المقتضى وهو الجنابة على المانع وهى الشـهادة، ودليل المانع ما رواه الحـاكم والبيهقى عن عبـد الله بن الزبير أن حنظلة قـتل يوم أحد وهو جنب ـ قتلـه شداد بن الأسود ـ فـقال النبى ﷺ: إن صـاحبكم تغسله الملائكة بين السماء والأرض، فسلوا صاحبـته أى زوجته فقالت: خرج وهو جنب لما سمع الهاتف، فالنبى ﷺ، أقر المانع.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص٣٤٣.

(٢) الحديث رواه النسائى ورواه ابن ماجه فى المقدمة بلفظ: (فـخذوا منه) نقلاً عن الوجيز فى قواعد الفقه الكلية ص٨٦.

٢- ولو أن امرأة متزوجة بابن عم لها ارتكبت جناية توجب دية فهل يتحمل ابنها فى الدية.

قال الفقهاء: لا يتحمل ابنها عنها فى الدية؛ لأنهم قالوا: العاقلة هم الأقارب المتعصبون بأنفسهم ما عدا الأصول: الأب والجد وإن علا، والفروع: الابن وابن الابن وإن سفل، فتخرج العصبة بالغير(١) والعصبة مع الغير(٢)، ولما كان الأمر بالتحمل من باب التكافل والتضامن فليس من التكافل أن يتحمل الأب الدية عن ابنه وكذلك سائر الأصول والفروع، لأنه فى هذه الحالة يكون تحمل عن نفسه.

وعلى ذلك فلا يتحمل الابن؛ لأنه اجتمع فيه مقتض ومانع: فالمقتضى للتحمل أنه ابن ابن عمها أى أنه عصبة، والمانع كونه ابنها، فيقدم المانع على المقتضى فلا يتحمل الدية.

وفى قول آخر يتحمل الدية قياسًا على ولايته للنكاح لتزويج أمه فى هذه الصورة فعلى هذا يقدم المقتضى على المانع، ونقول: كما أنه يلى نكاح أمه فى هذه الصورة فيتحمل الدية عن أمه بجامع المقيس عليه فيقدم المقتضى على المانع وهذا مقابل الأصح.

وأجاب أصحاب القول بالأصح بأن البنوة فى العقل وهى الدية مانعة فلا يعمل معها المقتضى، وفى ولاية النكاح ليست بمانعة بل غير مقتضية، وفرق بين المانع وغير المقتضى.

فإذا وجد مقتض عمل به فالبنوة فى العقل مانعة وفى ولاية النكاح ليست بمانعة وعلى هذا يفرق المقيس أى البنوة المانعة، والمقيس عليه أى البنوة غير المقتضية فإذا كان هناك مقتض وغير مقتض فيعمل المقتضى.

ومثل هذه المسألة: ما ذكروه: فى استحقاق الخنثى السلب.

والمراد به هنا ما ثبتت عليه يد القتيل، قال ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه» وفى لفظ: «من تفرد بدم رجل فقتله فله سلبه»(٣).

فهل السلب للرجل والمرأة أو للرجل فقط؟

للفقهاء فى استحقاقه رأيان:

أحدهما: لا يستحقه إلا الذكر تشجيعًا له على الجهاد.

---

(١) العصبة بالغير هى كل أنثى صاحبة فرض ـ النصف واحدة، والثلثان إذا تعددت ـ عصبها ذكر فهو عصبة بنفسه وشاركته فى الميراث بالعصوبة.

(٢) العصبة مع الغير خاصة بالأخوات الشقيقات أو لأب مع الفرع الوارث المؤنث، فالمراد بها كل أنثى صاحبة فرض فى الأصل تصير عصبة مع أنثى أخرى غيرها ولا تشاركها الأخيرة فى العصوبة، راجع الوسيط فى الميراث، للدكتور عبد الوهاب حواس، ص١٤٣ - ١٤٦.

(٣) رواه أحمد، نيل الأوطار جـ٧/ ٢٩٨.

ثانيهما: تستحقه المرأة، أخذًا من عموم «مَنْ» فى الحديث.

فإن قلنا: المرأة تستحق السلب، فهذا القول تردد بين وجهين:

أحدهـما: الذكورة مقتضية والأنوثة غير مانعة فيأخذ الخنثى تغليبًا للمقتضى وهو الذكورة على المانع وهو الأنوثة والفرع ليس من القاعدة.

الوجه الثانى: الذكورة مقتضية والأنوثة مانعة فلا يأخذ الخنثى تغليبًا للمانع على المقتضى لأن الجهاد لا يكون إلا من الرجال، ولأن (مَنْ) تطلق على الذكر وهذا مبنى على أن المرأة لا تستحق السلب.

والأظهر استحـقاق الخنثى المشكل السلب تغليبًا للمقـتضى على المانع لأن الأنوثة مانع احتمـالى وعلى ذلك يغلب المقتضى، ومن باب أولى لو جـرينا على أن الأنوثة غير مقتـضية فتستحق.

المستثنى من القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة بعض صور اجتمع فيها المقتضى والمانع وغلب المقتضى.

ومن هذه الصور ما يلى:

١- لو اختلط موتى المسلمين بالكفار كأن سقطت عـمارة يسكنها مسلمون وغير مسلمين ولم تتميز جثث المسلمين، وكذلك لو كانت حـرب اجتمع فيه مسلمون وكفار ومات جند من الطرفين فاختلط الشهداء من المسلمين مع غيرهم من الكفار(١).

فهل يجب غسل الجميع والصلاة مع أن الصلاة على الكافر حرام؟

فى هذه المسألة: المقتضى للغسل والصلاة احـتمال أنهم مسلمون، والمانع احتمال أنهم غيـر مسلمين والقـاعدة تغليب المانع، فـلا يغسلون ولا يصلى عليـهم، ولكن الفقهـاء غلبوا المقتضى وأوجبوا الغسل والصلاة عليهم مستدلين بقول النبى ﷺ وفعله: «فإن النبي ﷺ مر بمجلس فيه أخلاط من المسلمـين والمشركين فسلم عليهم»(٢) فإذا وجدت علامـات تميز المسلمين من غيرهم التزم بهذه العلامات، وبه قال الأحناف.

وقال بعض الفقهاء بترجيح جانب التغليب، فإن كان أغلبهم مسلمين غسلوا وصلى عليهم ودفنوا وإلا فلا، ويفهم من كلمة (اخـتلاط) بأنه لا تمييز بينهم وعليه فالرسـول قدم المقتضى على المانع وهذه كتلك، فـحيث إنه سلم على الجميع فيـغسل الجميع تغليبًا للمـقتضى على المانع.

---

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام جـ٢/ ٢٠.

(٢) رياض الصالحين باب استحباب السلام على أهل مجلس فيهم مسلمون وكفار ص٣٦٢.

٢- ومنها أنه يحرم على المرأة ستر جزء من وجهها فى الإحرام ويجب ستر جزء منه مع الرأس للصلاة فتـجب مراعاة الصلاة[١]، فإحرام المرأة مانع من ستر الـوجه والمقتضى ستر جزء من وجهها للصلاة فيغلب المقتضى على المانع فالفرع خرج عن القاعدة.

٣- ومنهـا أن هجرة المـرأة من بلاد الكفـر واجـبة وإن كـان سفـرها وحـدها حرامًـا، فالمقتضى للسـفر وجودها فى بلد الكفر، وهذا يوجب عليها الهجـرة، وخروجها وحدها فى السفر مانع لما روى عن النبى ﷺ قال: «لا يـحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثة أيام إلا مع محرم أو زوج»[٢].

فمقتـضى القاعدة تغليب المانع فلا يجب الخروج من بلد الكفـر بل يجب البقاء، ولكن قالوا: يجب عليها الخروج من بلد الكفر، وهذا مقيد بأن تخاف على نفسها إذا بقيت، وليس فى الطريق خطر عليها، فيغلب المقتضى على المانع.

وتعليل ذلك: أن خروجها وحدها أخف من بقائـها فى بلد الكفر فيرتكب الضرر الأخف دفعًا للضرر الأعظم إذا أمنت الطريق، أما إذا لم يكن الطريق آمـنًا فإن خروجها وحدها يكون الخطر فيه أعظم فلا يرتكب.

وعكس هذه القاعدة: «الحرام لا يحرم الحلال»[٣].

وهو لفظ حديث مرفوع أخرجه ابن مـاجه والدارقطنى عن ابن عمر، ومعناه أن الحرام لا يجعل الحلال ينقلب من الحل إلى الحرمة أى لا يقلب ذاته من الحل إلى الحرمة.

وهذه القاعدة: قد تخرج عليها فروع كانت محل خلاف بين الشافعية والحنفية.

قال السبكى: وقد عورض به حديث «**إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام**» ولكن هذا ليس بمعارض لأن المحـكوم به وهو إعطاء الحلال حكم الحرام تغليبًا واحتـياطًا لا صيرورته فى نفسه حرامًا.

٤- ومن ذلك خلط الدرهم الحـرام بالحـلال، وخلط الحـمام المـملوك بالمبـاح غيـر المحصور، والمرأة المحْرَم بالأجنبيات.

وتقديم المانع على المقتضى إنما يكون إذا وردا علـى محل واحد كما سبق ذكره، أما إذا لم يردا على محل واحـد، فإنه يعطى كل واحد حكمه بدليل مـا قالوه فيمـا لو جمع بين من

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى، ص١٢٨.

(٢) رواه البخارى من حـديث ابن عمر بلفظ: «لا تسـافر المرأة ثلاثة أيام إلا مع ذى محـرم» (فتح البارى، جـ٢/ ٢٨٤) والمحرم من لا يجوز زواجها به.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٢٨.

تحل ومن لا تحل فى عقد واحد، صح فى الحلال وبطل فى غيره، ولو جمع بين ماله ومال غيره، وباعهما صفقة واحدة، فإنه يصح فى ماله ويتوقف فى مال الغير على إجازة المالك.

ولو أوصى لأجنبى ووارث، فللأجنبى نصفها، وبطلت فى حق الوارث على تقدير عدم الإجازة، وقولهم فى القاعدة المذكورة: «إذا تعارض» يشير إلى هذا، فإنه لا تعارض عند انفكاكهما إذ يمكن مراعاة المقتضى بدون أن يلزم المانع.

وليس ثمة إشكال فى مسألة الوصية للأجنبى والوارث مع الإقرار لهما حيث صحت الوصية للأجنبى وبطل الإقرار له كما بطل فى حق الوارث، لأن الوصية تمليك مبتدأ مضاف لما بعد الموت، والشائع يقبله، وبطلان التمليك لأحدهم لا يستلزم بطلان التمليك للآخر، أما الإقرار فإنه إخبار يثبت به ما أخبر عنه طبق ما أخبر به مشتركًا على الشيوع فيثبت كذلك، فيكون ما من جزء يأخذه الأجنبى إلا وللوارث حق مشترك فيه، فيصير كأنه إقرار للوارث فيبطل[1].

* * *

القاعدة الخامسة: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة[2]

معنى القاعدة:

إن تصرف الإمام الأعظم وكل من ولى شيئًا من أمور المسلمين لا يصح ولا ينفذ شرعًا ما لم يكن مقصودًا به المصلحة العامة، فإذا لم يكن كذلك كان باطلاً.

معنى المفردات:

المراد بالرعية: عموم الناس الذين هم تحت ولايته.

والمراد بالإمام: أن يكون إمامًا لجميع المسلمين فى بقاع الأرض كالخلفاء الراشدين، ومن جاء بعدهم كرؤساء الدول الإسلامية وكل رئيس يتولى عملاً فى الدولة.

ومنوط: اسم مفعول مبنى للمفعول ومنه قولهم: ذات أنواط، فمنوط معناه: معلق ومرتبط ومعهود به.

وهذه القاعدة نص عليها الشافعى وقال: «**منزلة الإمام من الرعية منزلة الولى من اليتيم**».

أصل ذلك ما أخرجه سعيد بن منصور فى سننه عن البراء بن عازب قال: قال عمر رضي الله عنه:

---

(١) شرح القواعد الفقهية، للزرقا، ص٢٤٦.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٣٤، ومجلة الأحكام، المادة ٥٨.

«إنى أنزلت نفسى من مال الله بمنزلة ولى اليتيم، إن احتجت أخذت منه فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت»[١].

فقد شبه الإمام عمر ﷺ موقفه من مال المسلمين بولى اليتيم من مال اليتيم فلا يأخذ إلا عند الحاجة، فإن لم تكن له حاجة إلى المال فلا يأخذ منه شيئًا، لقوله تعالى: ﴿**وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ (النساء: ٦).

فإن قال قائل: إن الشافعى لا يأخذ بقول الصحابى فليس قوله حجة عنده، **فنقول:** إنما الحجة فيه إنما جاءت على نمط الآية الكريمة: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَاراً أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ (النساء: ٦).

واجب الولاة حيال الرعية:

هذه القاعدة تضبط الحدود التى يتصرف فى نطاقها كل من ولى شيئًا من أمور المسلمين العامة، من إمام أو وال أو أمير أو قاض أو موظف، وتفيد أن أعمال هؤلاء وأمثالهم وتصرفاتهم لكى تنفذ على الرعية وتكون ملزمة لهم يجب أن تكون مبنية على مصلحة الجماعة وخيرها.

فإن الولاة والعمال والأمراء والقضاة والقادة وغيرهم ليسوا عمالاً لأنفسهم وإنما هم وكلاء عن الأمة فى القيام بشئونها، فعليهم أن يراعوا خير التدابير لإقامة العدل وإزالة الظلم، وإحقاق الحق وصيانة الأخلاق وتطهير المجتمع من الفساد، ونشر العلم ومحاربة الجهل والحرص على الأموال العامة ورعايتها وإنفاقها فقط فيما يعود على الأمة بالخير والنفع.

كما لا يجوز لهم أن يحابوا بها أحدًا دون أحد لجاه أو سلطان أو رغبة أو طمع؛ لأنه لا يجوز لمن ولى أمور المسلمين أن يأخذ درهمًا من أموال الناس إلا بحق، كما لا يجوز له أن يضعه إلا فى يد تستحق، كما لا يجوز له كذلك أن يأخذ من مال أحد شيئًا إلا بحق ثابت معروف[٢].

دليل القاعدة:

الدليل على هذه القاعدة: قوله ﷺ: «ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت وهو غاش رعيته إلا حرم الله عليه الجنة» وقوله ﷺ: «ما من أمير يلى أمور المسلمين ثم لم يجتهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه إلا لم يدخل معهم الجنة»[٣].

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٣٤.
(٢) الخراج، لأبى يوسف، ص٥٦، ويراجع: الوجيز، ص٢٢٠.
(٣) صحيح مسلم بشرح النووى، جـ١٢/ ٢١٤، ٢١٥.

وروى أن عائذ بن عمرو من أصحاب رسول الله ﷺ دخل على عبيد الله بن زياد فقال: أى بنى إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اللهم مَنْ ولى مِنْ أمر أمتى شيئًا فشق عليهم فاشقق عليه، ومن ولى من أمر أمتى شيئًا فرفق بهم فارفق به»[1].

فهذه الأحاديث تدل على وجوب حرص الوالى على رعيته والاجتهاد فى مصالحهم، والنصيحة لهم فى دينهم ودنياهم فإن فعل غير ذلك كان غاشّا لهم غير حريص على مصلحتهم ولا أمين على أموالهم فتحرم عليه الجنة، ويخلد فى النار مع هامان وقارون وأبىٍّ بن خلف.

وهذا وعيد شديد على أئمة الجور فمن ضيع من استرعاه الله أو خانهم أو ظلمهم فقد توجه إليه الطلب بمظالم العباد يوم القيامة.

فكيف يقدر على التحلل من ظلم أمة عظيمة؟

فروع القاعدة:

يدخل تحت هذه القاعدة فروع كثيرة هى بمثابة تطبيقات عليها ومن أهمها:

١- ما ذكره الماوردى: أنه لا يجوز من ولاة الأمور أن ينصب إمامًا للصلوات فاسقًا، وإن صححنا الصلاة خلفه؛ لأنها مكروهة، وولى الأمر مأمور بمراعاته المصلحة ولا مصلحة فى حمل الناس على فعل المكروه، وهو الصلاة خلف الفاسق، فإن فعل ذلك يكون غير راع للمصلحة.

ومن باب أولى لا يجوز أن يولى المفضول مع وجود الفاضل فإن فعل فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين، لقوله تعالى: ﴿**أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لاَّ يَسْتَوُونَ**﴾ (السجدة: ١٨) ولما روى عن جابر رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال: «لا يؤُمَّن فاجر مؤمنًا، إلا أن يقهره بسلطانه أو يخاف سوطه وسيفه»[2] وقال ﷺ: «**اجعلوا أئمتكم خياركم فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم**»[3].

٢- وكذلك: فإن الإمام إذا تخير فى الأسرى بين القتل والرق والفداء والمن، لم يكن له ذلك بالتشهى بل بالمصلحة والمشاورة، فإذا لم يظهر له وجه المصلحة العامة للدولة، فعليه أن يحبسهم حتى يقف عليها، فقد حدث فى غزوة بدر أن استشار الرسول ﷺ أصحابه فى الأسرى فكان رأى عمر فيهم القتل، ورأى أبى بكر المن، ومال الرسول إلى رأى أبى بكر

(١) صحيح مسلم بشرح النووى باب فضيلة الأمير العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق جـ١٢/ ٢١٢، ٢١٣.

(٢) رواه ابن ماجه: كتاب إقامة الصلاة باب فرض الجمعة جـ١/ ٣٤٣.

(٣) رواه الدارقطنى كتاب العيدين باب نهى جـ٢/ ٨٨.

فأخذ به، فنزل الآية الكريمة: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (الأنفال: ٦٧) فقال رسول الله ﷺ: «لو نزل عذاب من السماء لما نجا منه غير عمر».

وفى هذا دليل على وجوب أن يكون تصرف الإمام منوطًا بالمصلحة العامة للرعية وإلا تعرض لمقت الله وغضبه وشديد عقابه فى الدنيا والآخرة.

٣- ومن ذلك: إذا لم يكن لإنسان وارث فإنه إذا مات فتركته لبيت مال المسلمين، وإذا قتله أحد عمدًا فوليه السلطان لقوله ﷺ: «السلطان ولى من لا ولى له»[1] وليس للسلطان أن يعفو عن قاتله مجانًا لأن القصاص أو الصلح على الدية يأخذها من القاتل أو يدفعها عنه السلطان من ماله ليضعها فى بيت المال.

وعلى ذلك: فالإمام ليس له أن يعفو مجانًا لأنه لو عفى مجانًا لأضاع المصلحة بل عليه أن يقتص إن رأى المصلحة فى القصاص أو يأخذ الدية ويضعها فى بيت المال إن رأى المصلحة فى أخذ الدية، أما العفو مجانًا فلا يحق له لفوات المصلحة.

٤- وكذلك: إذا زوج السلطان امرأة ليس لها ولى فليس له أن يزوجها بغير كفء حتى ولو رضيت؛ لأن الكفاءة معتبرة فى النكاح وهى حق للمسلمين.

وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الكفاءة... سواء منهم من قال باشتراط الولاية فى عقد الزواج وهم الجمهور، أو الذين لم يشترطوها إلا فى بعض الحالات وهم الحنفية، ما عدا أبا الحسن الكرخى من الحنفية ومن وافقه، حيث قالوا بعدم اعتبار الكفاءة فى الزواج.

وقد احتاط الفقهاء فى الكفاءة لما يترتب على الزواج من غير كفء من أضرار وأخطار تشين المرأة وأسرتها، و يلحق بها وبأوليائها العار عرفًا.

فإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلا ينتظر من هذا الزواج أن تتحقق مصالح الزوجية ودوام العشرة بين الزوجين، وإنما تتحق إذا كان الزوج مساويًا للزوجة على الأقل؛ لأن الزوج له السلطان الأقوى فى شئون الزوجية، كما قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ (النساء: ٣٤)، وقوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ (البقرة: ٢٢٨).

---

(١) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وهو حديث حسن، ورواه أحمد وابن حبان والحاكم (نصب الراية، جـ٣/ ١٩٥، ١٩٦).

والزوجة تأنف غالبًا أن يكون لزوجها هذا السلطان وهذه القوامة إذا كان أقل منها نسبًا ودينًا وخلقًا، وكذلك يأنف أهلها وأولياؤها من مصاهرة من لا يناسبهم فى دينهم وجاههم ونسبهم ويعيرون بذلك، وقد تختل روابط المصاهرة أو تضعف.

فالكفاءة حق الزوجة وحق أوليائها، فكما أن لها حق الاعتراض إذا زوجوها من غير كفء، لهم حق الاعتراض أيضًا إذا زوجت نفسها من غير كفء.

وإذا كان هذا فى شأن المرأة وأوليائها وهو حقهم، فلهم أن يتنازلوا عنه إذا رغبوا فى ذلك، أما إذا زوجها السلطان فلا يجوز له أن يزوجها بغير كفء، لأن تصرفه منوط بالمصلحة، وليس من المصلحة أن يضعها عند غير كفء، فلا ينفذ تصرفه عليها.

ولهذا روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»[(١)].

٥- وكذلك: لا يجوز لولى الأمر أن يقدم فى الإعطاء من بيت المال غير الأحوج على الأحوج، فإن فعل غير ذلك يكون غير مراع للمصلحة.

قال السبكى فى فتاويه: فلو لم يكن إمام فهل لغير الأحوج أن يتقدم بنفسه فيما بينه وبين الله تعالى إذا قدر على ذلك؟ ثم قال: ملت إلى أنه لا يجوز واستنبطت ذلك من حديث: «إنما أنا قاسم والله يعطى»[(٢)].

ووجه الدلالة: أن التمليك والإعطاء إنما هو من الله تعالى لا من الإمام، فليس للإمام أن يملك أحدًا إلا ما ملكه الله، وإنما وظيفة الإمام القسمة، والقسمة لا بد أن تكون بالعدل.

ومن العدل تقديم الأحوج، والتسوية بين متساوى الحاجات، فإذا قسم بينهما ودفعه إليهما علمنا أن الله ملكهما قبل الدفع، وإن القسمة إنما هى معينة لما كان مبهمًا، كما هو بين الشريكين، فإذا لم يكن إمام وبدر أحدهما واستأثر به كان كما لو استأثر بعض الشركاء بالماء المشترك، ليس له ذلك، قال: ونظير ذلك، ما ذكره الماوردى فى باب التيمم: أنه لو ورد اثنان على ماء مباح وأحدهما أحوج، فبدر الآخر وأخذ منه: أن يكون مسيئًا[(٣)].

وخلاصة القول: أنه لا يجوز إطلاقًا أن يختص إنسان بأخذ شىء غير مقسوم من بيت المال قبل القسمة؛ لأن بالقسمة يكون هذا نصيبه وهو ما ملكه الله إياه، وإلا كان مسيئًا جائرًا ويستحق التعزير من الحاكم، أخذًا من قول رسول الله ﷺ: «مَنْ وجَدتُّموه غلَّ فاضربوه وأحرقوا متاعه»[(٤)] ﴿**وَمَن يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**﴾.

---

(١) رواه الدارقطنى، يراجع: نيل الأوطار، للشوكانى، جـ٦/ ١٤٤.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٣٥. (٣) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٣٥.

(٤) رواه سالم بن عبد الله عن أبيه عن جده انظر: سنن الدارمى جـ٢ ص٢٣١ باب فى عقوبة.

ما يستثنى من هذه القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة بعض صور نذكر منها:

أن الأب أو الجد إذا لم يكن سكران، ولم يكن معروفًا بسوء الاختيار، ينفذ تزويجه للصغير والصغيرة من غير كفء وبغبن فاحش، وهذا للأب أو الجد خاصة، دون بقية الأولياء لأن الأب غير متهم فى تصرفه، وأنه إذا تنازل عن شرط من شروط الكفاءة، فإنما يكون ذلك لاعتبارات يراها تحقق المصلحة.

القاعدة السادسة: الحدود تسقط بالشبهات[1]

معانى المفردات:

الحد فى اللغة: المنع، وسميت العقوبات حدودًا لكونها مانعة من ارتكاب أسبابها[2].

واصطلاحًا: عقوبة مقدرة شرعًا وجبت حقًا لله تعالى لتمنع من الوقوع فى مثلها[3].

والشبهة فى اللغة: معناها الالتباس وعدم التمييز، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأُتُوا بِهِ مُتَشَابِهًا﴾ (البقرة: ٢٥) أى يشبه بعضه بعضًا لونًا لا طعمًا وحقيقة[4].

والشبهة عند الفقهاء: ما التبس أمره فلا يدرى أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل[5].

وسميت شبهة لأنها تشبه الحق، والجمع شبه وشبهات، قال تعالى: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَكِن شُبِّهَ لَهُمْ﴾ (النساء: ١٥٧) أى مثِّلَ لهم من حسبوه إياه[6].

وفى نفس المعنى ورد الحديث عن النبى ﷺ: «الحلال بيِّن والحرام بيِّن وبينهما أمور مشتبهة، فمن ترك ما شبه عليه من الإثم كان لما استبان أترك، ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشَكَ أن يواقع ما استبان».

أدلة اعتبار القاعدة:

أولا: أدلة السنة:

١- فقد أخرج الترمذى فى سننه وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ:

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى، ص١٣٦.

(٢) القاموس المحيط، جـ١/ ٢٨٤، باب الدال، فصل الحاء، ونيل الأوطار، جـ٧/ ٩٨.

(٣) الروض المربع وحاشيته، للعنقرى، جـ٣/ ٣٠٥، الأحكام السلطانية للماوردى، ص٣٢١، وكشاف القناع، للبهوتى، جـ٤/ ٤٧.

(٤) المفردات: ٢٥٤.

(٥) القاموس الفقهى، لسعدى أبو حبيب، المعجم الوسيط، جـ١/ ٤٧١، وفتح البارى، جـ٤/ ٣٤١.

(٦) المفردات فى غريب القرآن، ص٢٥٤.

«ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة»[١].

٢- أخرج البخارى ومسلم عن أبى هريرة ﷺ قال: «جاء رجل من بنى فزارة إلى النبى ﷺ فقال: إن امرأتى ولدت غلامًا أسود، فقال النبى ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: وما ألوانها؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أورق؟[٢] قال: إن فيها لورقًا قال: فأنى أتاها ذلك؟ قال: عسى أن يكون نزعه عرق[٣]، قال ﷺ: وهذا عسى أن يكون نزعه عرق»[٤].

ثانيًا: أدلة الآثار:

١- والآثار عن الصحابة كثيرة تدل على أن درء الحد بالشبهة عندهم ثابت عن رسول الله ﷺ فذكر الحافظ ابن حجر فى المطالب العالية قال أبو مطر: رأيت عليًا أتى برجل قالوا: إنه قد سرق جملاً، فلما جاء فقال: ما أراك سرقت! قال: بلى، قال: فلعله شبه لك؟ قال: بلى قد سرقت، قال: اذهب به يا قنبر، فشد إصبعه وأوقد النار وادع الجزاز ليقطع، ثم انتظر حتى أجيء، فلما جاء قال له: أسرقت؟ قال: لا، فتركه، قالوا: يا أمير المؤمنين، لم تركته وقد أقر لك؟ قال: آخذه بقوله، وأتركه بقوله[٥].

٢- وفى مصنف عبد الرزاق عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن المسيب قال: ذكروا الزنا بالشام فقال رجل: زنيت، قيل: ما تقول، قال: أوحرمه الله؟ قال: ما علمت أن الله حرمه؟! فكتب إلى عمر بن الخطاب، فكتب: إن كان علم أن الله حرمه فخذوه، وإن كان لم يعلم فعلموه، وإن عاد فخذوه[٦].

وفائدة تعدد الأحاديث والآثار فى هذا الباب بعد أن ثبت أن بعضها موقوف وبعضها مرفوع يقوى بعضها بعضًا فى الإسناد.

---

(١) الحديث أخرجه الترمذى فى سننه، جـ٤/ ٢٥، طبع دار الكتب العلمية، أولى، سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م، فى كتاب الحدود، باب ما جاء فى درء الحدود، حديث رقم ١٤٢٤.

(٢) الأورق: هو الذى فيه سواد ليس بصاف.

(٣) المراد بالعرق هنا الأصل من النسب ومعنى نزعه عرق أى اجتذبه إليه وأظهر لونه عليه.

(٤) الحديث متفق عليه من حديث أبى هريرة، صحيح البخارى، ٦ ص ١٧٨، باب إذا عرض بنفى الولد مسلم بشرح النووى، جـ٣/ ٧٢٥.

(٥) المطالب العالية، جـ٢/ ١١٩.

(٦) مصنف عبد الرزاق ٧، ص٤٠٥، رقم ١٣٦٤٣، وانظر: سنن البيهقى جـ٨/ ٢٣٦.

ثالثًا: أقوال الفقهاء:

المتتبع لأقوال الفقهاء: يجد أن جماهيرهم يذهبون إلى درء الحد بالشبهة... قال بدر الدين الزركشى: الشبهة مسقطة للحد، وهى:

١- شبهة الفاعل: كمن وطئ امرأة وظنها زوجته.

٢- شبهة المحل «الموطوءة»: بأن يكون للواطئ فيها حق.

٣- شبهة العقد.

٤- شبهة الطريق: بأن يكون حلالاً عند قوم حرامًا عند آخرين كنكاح المتعة والنكاح بلا ولى(١).

أنواع الشبهة:

النوع الأول: شبهة الفاعل:

وأهم الشبه التى ترجع إلى الفاعل ما ذكره الفقهاء فقالوا: كمن يجد امرأة أجنبية نائمة فى فراشه، فيظنها زوجته فيأتيها، ثم يتبين أنها ليست بزوجته... أو كمن تزف إليه امرأة على أنها زوجته، فيدخل بها ثم يظهر أنها ليست بزوجته، بل امرأة أجنبية عنه، أو زوج كفيف ينادى على زوجته فجاءته أخرى فيغشاها ظانًا أنها زوجته، ففى تلك الحالات وما يشابهها لا حد عليه ولا تعزير؛ لأنه فعل يعتقد إباحته بما يعذر بمثله؛ ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، وهذا إذا لم يكن مقصرًا فى معرفة من وطئها، أما لو قصر فى معرفتها فإنه يعزر.

فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده، بحيث يأتى الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتى محرمًا(٢).

بخلاف ما لو كان يعلم أنه يأتى فعلاً محرمًا، فلا شبهة له ويقام عليه الحد، كمن يريد أن يطأ امرأة أجنبية فيطأ غيرها... فإن الحد يقام عليه لأنه لا يعذر بهذا، فأشبه ما لو قتل رجلاً. يطنه ابنه، وفى هذا يقول الشيرازى: وإن وجد امرأة فى فراشه فظنها زوجته فوطئها فلم يلزمه الحد؛ لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة(٣).

وسميت شبهة فاعل لأنها ترجع إلى الواطئ نفسه حيث يغلب على ظنه أن ما قام به الواطئ وقع فى محله، حيث اشتبهت عليه الموطوءة، والأحناف يسمون مثل هذا النوع خطأ من الوطء المباح.

النوع الثانى: شبهة المحل:

أهم الشبهات التى ترجع إلى المحل، أن تكون هذه الشبهة فى الموطوءة ذاتها من حيث

---

(١) المنثور فى القواعد للزركشى جـ٢، ص٢٢٥، بتحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود.

(٢) روضة الطالبين جـ١٠/ ٩٢.

(٣) حاشية البجيرمى، جـ٤/ ١٥٣.

المحل والحرمة وذلك كـمن يطأ زوجته وهى حائض أو يطؤها فى دبرها، فالشبـهة هنا قائمة فى محل الفعل المحرم؛ لأن المحل مملوك له، ومن حـقه مباشرة زوجته إلا أنه فى الدبر أو القبل أثناء الحيض، ومن ثم لا يقام عـليه الحد، سواء اعتقد الفاعل بحل الفـعل أو بحرمته؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد أو الظن وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعًا عليه.

النوع الثالث: شبهة العقد:

هذه الشبهة تتـحق بأن توجد صورة العقد فى الزواج ولو كانت الـمرأة حرامًا على الزوج حرمة ثابتة بالإجماع فإذا وجد العقد فصورته تكون شبهة مسقطة للحد، ولو كان التحريم على التأبيد؛ لأن صدور العـقد من أهله إن لم يكن مثبتًا للحل فـهو مثبت للشبهة الـمسقطة للحد وذلك يتحقق بوجود صورة العقد إلا أن هذا محل خلاف بين الفقهاء.

فقال الجمهور: مالك والشافعى وأحـمد وأبو يوسف ومحمد: إن مجرد العقد من الرجل على المرأة التى لا يحل لـه نكاحها لا يعتـبر شبـهة تدرأ الحد، بل الحـد واجب ما دام يعلم التحريم[١].

وقال أبو حنيـفة والثورى وزفر: إن مجـرد العقد على المرأة وإن كـانت لا تحل له بحال يعتبر شبهة تدرأ الحد وإن قال: علمت أنها علىَّ حرام[٢].

مدار الخلاف فى شبهة العقد:

مدار الخلاف عنـد الفقهاء فى وجوب الحـد أو عدم وجوبه على من عقـد على امرأة لا تحل له ثم دخل بها ناتج من أن هذا العقد يوجب شبهة أو لا؟.

فعند الجمهور: لا يوجب شبهة لأن الوطء فى هذه الحالة وطء فى فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك، والواطئ من أهل الحـد عالم بالتحريم فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العـقد[٣]، فيكون فعله هذا زنا حقيقـة لعدم الملك والحق، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ (النساء: ٢٢).

وعند أبى حنيـفة وسفـيان الثورى وزفـر: نعم، يوجب شبهـة لقوله ﷺ: «أيمـا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»[٤] فمع

(١) بداية المجـتهد، جـ٢/ ٤٣٤، مـغنى المحتـاج جـ٤/ ١٤٦، فتح القديـر، جـ٤/ ١٤٧، المغنى لابن قدامة جـ٨/ ١٨٢، ١٨٣.

(٢) العناية مع فتح القدير، جـ٤/ ١٤٧.

(٣) المغنى لابن قدامة، جـ٨/ ١٨٢، وفتح القدير، جـ٤/ ١٤٩.

(٤) أخرجه أحمد والترمذى وابن ماجه والحاكم، انظر سنن الترمذى، جـ٣/ ٤٠٨.

الحكم ببطلان النكاح أسقط الحد به، وهذا دليل على أن صورة العقد مسقطة للحد وإن كان باطلاً شرعًا[1].

النوع الرابع: شبهة الطريق:

المراد بالطريق المذهب، وهى كل جهة صححها بعض العلماء الذين يعتد برأيهم، وأباح الوطء بها، بينما حرمها الآخرون، وهى تكون فى الوطء نفسه بأن يقع حلالاً عند قوم حرامًا عند آخرين، ويقيم كل فريق منهم الدليل على صحة دعواه فتنشأ الشبهة من هذا التعارض.

قال النووى: وأما الشبهة فى الجهة، فقال الأصحاب: كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها، لا حد فيها على المذهب، وإن كان الواطئ يعتقد التحريم، وذلك كالوطء فى النكاح بلا ولى، وبلا شهود، ونكاح المتعة[2]، والتداوى بالحرام، فهى محل نظر بين العلماء وتوضيحها كالآتى:

المسألة الأولى: النكاح بلا ولى:

اتفق العلماء على أن عقد النكاح على المرأة الرشيدة صحيح نافذ إذا رضيت به وباشره وليها الشرعى.

واختلفوا فيما إذا باشرته هى بنفسها أو وكلت امرأة غيرها فى مباشرته أو رجلاً غير وليها الشرعى.

(أ) فذهب جمهور الفقهاء: مالك والشافعى وأحمد والظاهرية[3] وأكثر العلماء إلى أن عقد الزواج باطل لا ينعقد مطلقًا سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، سواء أذن لها الولى أو لم يأذن وسواء كان الزوج كفؤًا أو غير كفء.

واستدلوا بالقرآن والسنة والمعقول.

١- أما القرآن فمنه قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ (البقرة: ٢٣٢).

والمعنى فى هذه الآية: أنه إذا طلق الأزواج زوجاتهم فانقضت عدتهن فلا يمنعهن أولياؤهن عن الرجوع إلى أزواجهن بعقد جديد إذا أحب كل من الزوجين الرجوع إلى صاحبه، فدل ذلك على أن عقد النكاح بيد الولى لا بيد المرأة وإلا لعقدت لنفسها ولم يكن ثمة حاجة إلى نهى الولى عن منعها.

---

(٦) المبسوط، جـ٩/ ٨٥.

(٢) روضة الطالبين، جـ٧/ ٣١٢، دار الكتب العلمية.

(٣) المغنى، جـ٧/ ٧، نهاية المحتاج، جـ٦/ ٣٣٤، المحلى جـ١٢/ ٣٤.

٢- واستدلوا من السنة بما رواه أبو يعلى الموصلى عن جابر بإسناد رجاله ثقات[١].

ووجه الاستـدلال به أن نفى النكاح بدون الولى معناه نفى صحـته إذ هى أقرب شىء إلى نفى الحقيقة، فدل الحديث على أن الولى لا بد منه فى صحة الـنكاح ووجود حقيقته الشرعية ويلزم منه أن عقد المرأة باطل لانتفاء الولى حينئذ[٢].

ويؤيد هذا ما رواه البيهقى وغيـره بسنده إلى عائشة ﵂ أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغـير إذن وليها فنكاحـها باطل، فنكاحهـا باطل، وإن أصابها فلها الصـداق بما استحل من فرجها»[٣] حيث صرح فيه بالبطلان.

٣- والعقل يؤيد ذلك: فإن النكاح له مقاصد شتى كما أنه رباط بين الأسر، والمرأة كثيرًا ما تخضع لحكم العاطفة التى قد تغطى وجه المـصلحة، فلذلك سلبها الشارع الولاية فى عقد النكاح لخطره وجعلها بيد الرجل لتحصل المصلحة على الوجه الأكمل.

(ب) وذهب أبو حنيفـة فى ظاهر الرواية وزفر إلى أن عـقد الزواج صحـيح مطلقًا إلا أن للولى حق الاعتراض عليها فى الزواج بغير كفء ما لم يظهر حملها منه[٤].

واستدلوا بالقرآن والسنة والمعقول:

١- اسـتدلوا بآيات من القرآن الكريم، منهـا قوله تعالى: ﴿ **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ** ﴾ (البقرة: ٢٣٠) وقوله تـعالى: ﴿ **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ** ﴾ (البقرة: ٢٣٢).

ووجه الاستدلال أنه قد جاء التـصريح فى هاتين الآيتين بإسناد النكاح إلى المرأة والأصل فى الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقى فـدل هذا على أن عقد النكاح الذى يصدر عن المرأة صحيح تترتب عليه آثاره من غير توقف على إذن الولى أو مباشرته إياه[٥].

٢- استدلوا من السنة بما رواه الجماعـة إلا البخارى عن ابن عباس أن رسول الله، قال: «الثيب أحق بنفـسها من وليهـا والبكر تستأذن فى نفسـها وإذنها صمـاتها» وفى رواية أبى داود والنسائى: «ليس للولى مع الثيب أمر»[٦].

ووجه الاستدلال أن الحديث جعل الحق للثيب فى نفسـها ونفى أن يكون لوليها أمر فيما

---

(١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من حديث سيد الأخيار للإمام الشوكانى جـ٦/ ١٣٥.

(٢) المغنى، جـ٧/ ٧، نهاية المحتاج، جـ٦/ ٢٢٤، المحلى، جـ١١/ ٣٤.

(٣) رواه ابن ماجه، جـ١/ ٦٠٦، والبيهقى فى السنن الكبرى، جـ٧/ ١١٠.

(٤) البدائع، جـ٣/ ١٣٦٤، البحر الرائق، جـ٣/ ١٣٩.

(٥) البدائع، جـ ٣/ ١٣٦٧.

(٦) صحيح مسلم بشرح النووى، جـ٤/ ١٤١، سنن أبى داود، جـ٣/ ٥٧٧.

يتعلق بنكاحها وهو عام لأنه نكرة فى سياق النفى فيشمل ما يتعلق باختيار الزوج وما يتعلق بمباشرة العقد غير أن البكر نظرًا لغلبة الحياء عليها اكتفى منها فى الدلالة على رضاها بالسكوت لأن حياءها قد يمنعها من التصريح، وإذا فالرضا من المرأة لا بد منه سواء أكانت بكرًا أم ثيبًا، وإذا كان رضاها شرطًا فى صحة عقد النكاح فكيف يعقل أن يعتبر الشارع رضا شخص شرطًا فى صحة التصرف عنه ثم يحكم ببطلان هذا التصرف إذا باشره الشخص بنفسه، بل المعقول أن يكون حينئذ أولى بالصحة، فإذا عقدت المرأة على كفء فقد تحققت مقاصد النكاح وليس للولى حق الاعتراض عليها وإن عقدت على غير كفء كان للولى حق الاعتراض عليها مراعاة لما قد يلحقه من الضرر، فإن أجاز فقد تنازل عن حقه وصار العقد صحيحًا نافذًا لأن مدار صحة العقود على تحقق أهلية العاقد وهى تعتمد الرشد.

٣- وأما المعقول: فإن عقد الزواج له مقاصد أصلية وأخرى تبعية، فالأصلية تختص بالمرأة كالمعاشرة والنفقة ونحوهما، والتبعية هى أن يعطى حق الاعتراض على العقد إن لم يكن مظنة لتحقق فوائده.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من بطلان عقد النكاح بدون الولى فإنه مما لا شك فيه أن عقد النكاح ذو شأن كبير، وقد أولاه الشارع الحكيم رعاية تليق بخطره وعناية تناسب قدره فإن عليه عماد بناء الأسرة، وترابط الفرد والمجتمع وقد حاطه بأمور تخصه، فأوجب فيه الإشهاد وأمر بإظهاره وإعلانه والسرور به، واستحب الاجتماع له واحتفال الطرفين بإحضار ذوى الشرف والمروءة، وأوجب على من دعى إليه أن يجيب وهذا كله يشعر بحرص الشارع على إظهار الفرق بينه وبين الزنا وإبعاد الشبهة عنه بأبلغ الوجوه وأكثرها، ثم هو قد سلب المرأة حق التسلط على عصمتها فى الدوام والإنهاء، فلا عجب أن يسلبها حق ابتدائها وإنشائها ويوجب على الولى مباشرة العقد بنفسه تسجيلاً لرضاه به والتزامه المحافظة على حقوقه قطعًا لخط الرجعة عليه لئلا يتنكر له فى المستقبل، وهذا ما نراه أحوط لجانب المرأة وأحفظ لكيان عقد النكاح وأحرى أن يكون سببًا فى دوامه واستقراره وأجلب للمحبة بين الأسر وسائر أفراد المجتمع وأقرب إلى محاسن الأخلاق.

وعلى هذا فإنه إذا وقع النكاح بدون ولى كان باطلاً والاستمتاع محرمًا إلا أنه لا يوجب حدًا على من فعل ذلك لوجود العامل الذى يورث شبهة فى طريق الحل.

المسألة الثانية: النكاح بلا شهود:

الأصل عند الجمهور عدم اشتراط الشهادة على أى عقد من العقود وإن كان الشارع قد حث عليها على سبيل الندب والاستحباب، أما عقد النكاح فقد وقع فيه الخلاف فى أصل الشهادة هل هى شرط فيه أو لا؟.

وإذا كانت شرطًا فـهل هى شرط لصحة العقد أو لتـمامه؟ وهل يقوم مقامـها الإعلان أو لا؟.

والمشهور فى ذلك مذهبان:

الأول: أن الشهادة شرط لصحة العقد، فإذا وقع الإشـهاد على العقد كان صحيحًا لازمًا، وإذا خلا العقد من الشهادة لا يكون صحيحًا.

وهذا ما ذهب إليه جمـهور الفقهاء: ومنهم الشافعيـة والحنفية والحنابلة والزيدية وهو ما عليه العمل عند أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم(١).

واستدلوا بالسنة والمعقول:

١- استـدلوا بما رواه أحمد بن حنبل عـن عمران بن حصـين عن النبى ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل».

وجه الدلالة أن نفى النكاح عند عدم الإشـهاد يقتضى عدم صحته فـإن نفى الصحة أقرب شىء إلى نفى الحقـيقة، ثم إن رواية السـيدة عائشة أن رسـول الله ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عـدل وما كان من نكاح غـير ذلك فهـو باطل» قد صحـحها ابن حـبان وهى صريحة فى البطلان.

٢- والمعقول يؤيد ذلك: فإن عقد النكاح له شأن عظيم فى الإسلام لتعلقه بالبضع، وهو من الأمور الخطيرة ويترتب عليـه من الحقوق، والمصالح الدينية والدنيوية مـا يقتضى إظهاره وشـيوعـه بين الناس عن طريق الشـهادة حـتى يكون الزوجـان فى مـأمن من جحـود النكاح وإنكاره، وفى هذا دفع لتـهمة الزنا بين الزوجـين وإخراس ألسنة قـالات السوء بشأن العـلاقة بينهما، وإثبات لحق الولد من النسب حـتى لا يجحده أبوه فيضيع نسبه، وتـمييز الحلال عن الحرام حتى لا يستتر أصحاب النفوس الدنيئة عند إتيان جريمة الزنا بادعاء النكاح، ولا يتحقق هذا كله إلا بإظهار النكاح واشتهاره ولا يشتهر إلا بقول الشهود.

ولهذا كان من المـستحب إحضار جـمع من الناس من أهل الصلاح لمشاهدة العقـد كما يستحب إذاعة أمره بين الناس بضرب الدفوف وإقامة الولائم وما إلى ذلك(٢).

الثانى: وهو مذهب المالكية أن: الشهادة فى عقد النكاح ليست بشرط لصحة العقد وإنما

---

(١) نهاية المحتـاج، جـ٦/ ٢١٧، تبيين الحقائق، جـ٣/ ٩٨، المغنى، جــ٧/ ٨، البحر الزخار، جـ٣/ ٢٧، التاج المذهب، جـ٢/ ٣١، نيل الأوطار جـ٦/ ١٣٥.

(٢) البدائع جــ٣/ ١٢٧٦، ١٢٧٧، والمغنى جـ٧/ ٩، ٨٢، ونهـاية المحتـاج جـ٦/ ٢١٧، ونيل الأوطار جـ٦/ ١٩٩، ١٠٠.

هى شرط لتمامه عند الدخول بالزوجة وهى مندوبة عند العقد، فإذا ما وقعت الشهادة فى العقد تم الشرط والندب وإذا لم تتحقق الشهادة لا عند العقد ولا وقت الدخول كان العقد فاسدًا والدخول بالمرأة معصية ولكن يدرأ الحد بالشبهة، ونقل عن الإمام مالك أن الإعلان يقوم مقام الشهود(١).

والراجح ما ذهب إليه الجمهور فإذا وقع عقد النكاح من غير الشهادة المعتبرة شرعًا كان عقدًا فاسدًا غير مبيح للاستمتاع وغيره من أحكام الزواج الصحيح ومع أن الاستمتاع فى هذه الحالة محرم ولكن لا حد فيه على المعتمد لوجود الشبهة فى الدليل.

المسألة الثالثة: نكاح المتعة:

وهو أن يقول رجل لامرأة أتمتع بك يومًا أو أسبوعًا أو شهرًا أو سنة أو مدة إقامتى بهذا البلد مقابل كذا من المال، فتقول: قبلت، وهذا النوع من الزواج ذهب السواد الأعظم من الفقهاء إلى القول ببطلانه وعدم انعقاده، وذهب الشيعة الإمامية إلى القول بإباحته ففيه شبهة الطريق وهى شبهة المذهب ومن ثم فلا يقام الحد على من نكح نكاح المتعة لأنه نكاح شبهة طريق فهو حلال عند الشيعة وحرام عندنا.

وكذا: يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها وأربع أنها عذراء لاحتمال كذب بينة الزنا وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا، ويسقط عنها الحد لشبهة الشهادة بالبكارة، ففى هذه الحال لا يقام عليها الحد وذلك لوجود الشبهة.

فهناك شبهة احتمال صدق بينة الزنا فلا يحد من قذفها بالزنا، وكذلك وجود شبهة الشهادة بوجود البكارة فتدفع عنها حد الزنا، ومع وجود الاحتمال لا يتأتى إقامة الحد.

وكذا: لا قطع بسرقة مال أصله وفرعه لشبهة استحقاق النفقة، ولا قطع بسرقة ما ظنه ملكه أو ملك أبيه أو ابنه، فلو سرق مال أصله أو فرعه فلا قطع؛ لأن له شبهة النفقة المستحقة له على الأصل أو الفرع، أو ظنه ملكه؟ أو ملك أبيه أو ابنه لأن الظن يعتبر شبهة تدرأ عنه حد السرقة.

المسألة الرابعة: التداوى بالخمر:

لا خلاف بين العلماء فى أن التداوى مشروع لقوله: «لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء

---

(١) بداية المجتهد، جـ٢/ ١٧.

برأ بإذن الله عـــز وجل»[١] فالمداوى فى الحـقيقة هو الله، وأما تعـاطى الداوء فهو من باب الأخذ بالأسباب التى قـد تؤدى إلى الشفاء، فإذا أراد الله الشفاء برأ بإذن الله تـعالى وبتقديره، فالأدوية لا تنجع بذواتها، بل بما قدر الله فيها، وأن الدواء قد ينقل داء إذا قدر الله ذلك، قال تعالى: ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ﴾ (الشعراء: ٨٠) فهل التداوى بالخمر مشروع؟ اختلف الفقهاء فى ذلك[٢].

١- فذهب الجـمهور إلى القول بحـرمة التداوى بالخـمر وهو مذهب الحنفـية المعتـمد عندهم، وبه قال المالكية وهو الصحيح عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة[٣].

٢- وذهب قول فى المذهب الحنفى فى غير ظاهر الرواية، ومقابل الأصح عند الشافعية، وهو اختيار القاضى الطبرى من الشافعية إلى القول بجواز التداوى بالخمر بشروط ثلاثة:

الأول: أن تتعين علاجًا دون غيرها، وإلا ففى غيرها مندوحة عنها.

الثانى: أن تكون بمقدار قليل بحيث لا يسكر ولا يذهب العقل لئلا يتداوى من شيء فيقع فى أشد منه.

الثالث: أن يصفه طبيب مسلم لأن غير المسلم لا تقبل شهادته فيما يتعلق بالأطباء.

أدلة الفريقين:

١- استدل الجمهور على عدم مشروعية التداوى بالخمر مطلقًا، بأدلة:

(أ) أن طارق بن سـويد الجعـفى سأل النـبى ﷺ عن الخمـر فنهاه أو كـره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء؟ فقال: «إنه ليس بدواء ولكنه داء»[٤].

فقد صـرح بأن الخمر ليست بدواء، وزاد الحديث فـائدة أخرى تعد من دلائل النبوة وهى أن الخمر داء، وهذا يؤكد حرمة التداوى بها[٥].

(ب) ما رواه أبو داود عن أبى الدرداء ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله عز وجل أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا ولا تداووا بحرام»[٦].

٢- واستـدل القائلون بمـشروعيـة التداوى بالخـمر بالشـروط التى اشترطـوها بما روى

(١) زاد المعاد، جـ٤/ ١٤، فتح البارى، جـ١٠، ص١٤٢، نيل الأوطار، جـ٩/ ٩٠.

(٢) البـدائع، جـ٥/ ١١٣، منهاج الطالبـين بهامش قـليوبى عـميـرة، جـ٤/ ٢٠٣، ومطالب أولى النهى، جـ٦/ ٢١١.

(٣) مغنى المحتاج، جـ٤/ ١٨٨، نهاية المحتاج جـ٨/ ١٤.

(٤) أخرجه مسلم فى صحيحه، جـ٤/ ٤٦٦، باب تحريم التداوى بالخمر.

(٥) الأدواء التى تنتج عن شرب الخمر، للدكتور محمد الهوارى.

(٦) سنن أبى داود، جـ٤/ ٢٠٦، ٢٠٧.

البخـارى عن أنس ﷺ أن ناسًا اجتـووا المدينة أى تضـرروا بالإقامة فـيها فـأصابهم داء فى الجـوف، فأمـرهم النبى ﷺ أن يلحقـوا براعيـه يعنى راعى إبل الصـدقة وهى إبل الزكـاة فيشربوا من ألبانها وأبوالها»[١].

ووجه الدلالة أن التداوى بأبوال الإبل وهى محرمة كانت مما يستشفى بها فى بعض العلل لذلك رخص لهم النبى فى تناولها، ويقاس على ذلك الخمر.

والجـواب: أن الخمر كما أثبت المتخـصصون فى علم الطب والدواء لا تتعين دواء البتة فقد ثبت خطأ كل ما كان يتوهم فيها من منافع علاجية، بل اعتبر الأطباء الخمر سمّا زعافًا لا يجوز وصفها بحال[٢]، وإذا لم تتعين الخمر دواء فلا يجوز تعاطيها.

ففى هذه الصورة اجتمع مانعان من إقامة الحد:

الأول: شبهة الدليل، ومراعاة الخلاف.

الثانى: انتفاء أحد ركنى الجريمة وهو القصد الجنائى.

ومن ثم فلا يقام الحد لشبهة قصد التداوى[٣].

وتفريعًا على ما تقدم يسقط القصاص بالشبهة، فكما أن الشبهة تسقط الحد فكذلك تسقط القصـاص بجامع أن كلاّ عقـوبة مقدرة شـرعًا، فلو أن شخصًـا ضرب شخـصًا ملفوفًا فـقده بالسيف وزعم أن ذلك الملفـوف ميت وقال الولى إنه حى فالأظهـر تصديق الولى لأن الأصل بقاء الحياة، لكن تجب الدية دون القصاص للشبهة.

ومقابل الأصح: يصدق الزاعم الذى ضربه بالسيف لأن الأصل براءة الذمة، فيأخذ الدية، ولا قصاص لأن زعمه أنه ميت شبهة تدرأ الحد عنه وهو القصاص[٤].

درء التعزير بالشبهة:

الشبـهة إما أن تكون قـوية وإما أن تكون ضـعيفـة، ومن ثم يختلف أثرها على العـقوبة التعزيـرية باختلاف مرتكبـها من حيث القوة أو الضـعف فإذا كانت الشبـهة قوية فإنهـا تمحو وصف الجريمـة، فلا يكون الفاعل قـد ارتكب محرمًا، ويتـرتب على محو وصف الجـريمة سقوط العقوبة سواء أكانت حدًا أم تعزيرًا؛ لأنه إذا زال وصف الجريمة فالأعقاب[٥].

---

(١) **متفق عليه**: راجع: البخارى، جـ١/ ٦٣، ٦٤، كتاب الوضوء، باب أبوال الإبل والدواب.

(٢) آثار الخمـر على الحالة الاجـتمـاعية، للدكـتور أحـمد غلوش، ص٣٧، والخـمر بين الطب والفـقه، ص١٤، ١٧.

(٣) مغنى المحتاج، جـ٤/ ١٨٩.

(٤) مغنى المحتاج، جـ٤، ص١٩٢.

(٥) إعلام الموقعـين، جـ٢/ ٤٧، المبسوط، جـ٩/ ٨٥، حاشية الدسوقى، جـ/ ١٤٦، مـغنى المحتاج، جـ٤/ ١٤٦.

وعليه فإن الشبهات التى تتعلق بالدليل تدرأ عقوبة التعزير إذا كان الخلاف قويًا؛ لأنها من الشبهات القوية.

ومن ثم يمكن القـول إن شبـهـة الدليل وكذا شـبهـة الملك عند البـعض تمحـو وصف الجريمة، وكذا الشبهة التى كون منشؤها الجهـل فإنها قوية وتمحو وصف الجريمة متى كانت هناك مظنة جهل قوية، كأن يكون المرتكب للمحـرمات فى غير دار الإسلام وقد أسلم فيه أو أن يكون مسلمًا ولكن فى بادية يجهل المحرمات فشبهته قوية تدرأ عنه الحد والتعزير معًا[١].

ومن الشبه القوية من أخذ خـفية شيئًا من مال غيره معتـقدًا أنه ماله، فإنه لا يعاقب على السرقة بحد ولا تعزير لتخلف ركن من أركان الجريمة والشـبهة القائمة فى الإثبات من الشبهة القويـة التى تدرأ التعـزير كأن يشـهد شـخصان علـى آخر بأنه شـرب خمرًا، ثم عـدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر، وكأن ينسـب إلى شخص يجن أحيانًا ويفيق فى غيرها أنه ارتد أو سرق، ولم يُعلم أنه ارتكب الجـريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون فـلا حد عليه ولا تعزير[٢].

أما إذا كانت الشبهة ضعيفة، فإنها لا تمحو وصف الجريمة ولكن فقط تسقط الحد، وإذا أسقطت الشبهة عقوبة الحد فإن عقوبة التعزير هى التى تستبدل بها وتحل محلها[٣].

والخلاصة أن قاعدة درء الحدود بالشبهات قد وضعت فى الأصل لجرائم الحدود، ولكن ليس هناك ما يـمنع من تطبيقـها على جـرائم التعزير؛ لأن القـاعدة وضعت لتـحقـيق العدالة ولضمان صالح المتهـمين، وكل متهم فى حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سـواء أكان متهمًا فى جريمة من جرائم الحدود أم فى جريمة من جرائم التعزير.

ومحل تطبيق قاعدة درء العقوبة على جرائم التعزير يكمن فى ثلاث حالات:

١- أن تكون الشبهة قوية فى ركن من أركان الجريمة.

٢- أن تكون الشبهة قائمة فى انطباق النص المجرم على الفعل المنسوب إلى المتهم.

٣- أن تكون الشبهة قائمة فى ثبوت الجريمة.

وتطبيق القاعـدة فى هذه الحالات الثلاث يؤدى إلى درء الحد وأيضًا درء التعـزير، وفيما عداها تكون الشبهة ضعيفة تدرأ الـحد ولا تؤثر على العقوبات التعزيرية؛ لأنه لو كانت تسقط

---

(١) المغنى، جـ٩/ ٢٧، ومغنى المحتاج، جـ٤/ ١٤٤، بداية المجتهد جـ٢/ ١٥٦.

(٢) الإنصاف فى مسائل الاختلاف، جـ١٠/ ١٨٢، حاشية البجيرمى على الخطيب، جـ٤/ ١٤٧.

(٣) مواهب الجليل جـ٦/ ٢٣٢، الإسـلام عقيـدة وشريعة للشـيخ شلتوت ٢٩٧، التـشريع الجنائى جـ١/ ٢١٥، العقوبة لأبى زهرة ص٢٦١.

التعزير مع ضعف الشبهة لما كان هناك تأديب وسادت الفوضى، وبعض الفقهاء يجيزون أن يرتفع الحكم بالتعزير إلى الإعدام.

أثر هذه القاعدة فى حماية المتهم:

قاعدة درأ الحدود بالشبهات قاعدة مقررة عند جماهير العلماء وهى مستندة إلى سنة النبى ﷺ القولية والفعلية، وقد اشتهر تطبيقها فى عصر الصحابة من غير نكير وقد أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات.

والناظر فى حديث أم المؤمنين عائشة ﵂ «**ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان ثم مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة**»[1] يجده يفرض على القاضى عند نظر القضية أن يلاحظ مبدأين أساسيين:

المبدأ الأول: درء الحد بالشبهة: وهو مأخوذ من الشق الأول من الحديث: «**ادرأوا الحدود بالشبهات، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله**».

المبدأ الثانى: تفضيل الخطأ فى العفو على الخطأ فى العقوبة: وأساس هذا المبدأ هو الشق الثانى من الحديث: «**فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة**».

وفى مراعاة هذين المبدأين ضمان لتحقيق العدالة ومراعاة لجانب المتهمين الذين هم فى أشد الحاجة لالتماس الأعذار، وفيه كذلك بيان حرص الإمام على حفظ كرامة الإنسان، وأنه لا تستباح نفس، ولا عرض بمجرد الشبهة، بل إن رسول الله ﷺ، قد درأ الحد بأدنى شبهة كما هو ظاهر فى حديث الأعرابى الذى قال له: «إن امرأتى ولدت غلامًا أسودًا (مُعَرِّضا نفى الولد) فقال له النبى ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم قال: ما ألوانها؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أورق؟ قال نعم، فقال: فأنى كان ذلك؟ قال: أراه نزعه عرق، فقال: فلعل ابنك هذا نزعه عرق»[2].

ومراعاة مبدأ: درأ الحد بالشبهة، وتفضيل الخطأ فى العفو فضلاً عما سبق بيانه يعنى أمورًا:

أولاً: أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجانى قد ارتكب الجريمة، وأن النص المجرم منطبق على الجريمة، فإذا كان ثمة شك فى أن الجانى قد ارتكب الجريمة كما إذا رجع الشهود عن شهادتهم أو فى انطباق النص المجرم على الفعل المنسوب

(١) رواه الترمذى، وذكر أنه قد روى موقوفًا، وأن الوقف أصح، انظر: نيل الأوطار، جـ٧/ ١١٨.

(٢) الحديث متفق عليه من حديث أبى هريرة، صحيح البخارى، جـ٦ ص١٧٨، باب إذا عرض بنفى الولد، مسلم بشرح النووى، جـ٣/ ٧٢٥.

للجانى كمن تزوج بلا شـهود أو بغير ولى، وجب الحكم بالبراءة، فإن الحكـم ببراءة المجرم فى حال الشك خيـر للجماعة وأدعى إلى تحقـيق العدالة من عقاب البـرىء، وفى هذا تضييق لدائرة العقاب، وجعله رمـزًا مانعًا بدل أن يكون عامًا جامعًـا، وحسب المؤمن أن تكون هناك يد مقطوعة كل عام مـثلاً ليكون ذلك مانعًا زاجرًا، يجعل كل سارق يترقب مـثل ما نزل بغيره فيكون الامتناع عن السرقة.

وحـسب أرباب الشـهوات أن يكون بين أيـديهم حق يقام عـلى الزنا يشهـده طائفـة من المؤمنين حـتى يتجهـوا إلى الزواج ويفروا من عار العـقاب إلى أمن البراءة وطريق السـلامة، فتنفيذ القليل من عقوبات الحد صالح للردع والزجر.

ثانيًا: مبدأ تفضيل الخطأ فى العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم، فهو ينطبق على جرائم الحدود والقصاص والدية وجرائم التـعزير، ففيه حماية المتهم، حمايـة لنفسه وعرضه وماله، فيفسر بناء على هذا المبدأ كل شك لصالح المتـهم، وهذا يؤدى إلى حمايته بتبرئته أو تخفيف العقوبة عنه، ويوافق هذا ما عليه العمل فى القوانين الوضعية الحديثة، فإن المحكمة إذا شكت فى توافر ركن الإكراه فى السرقـة بالإكراه فسر هذا الشك لمصلحة المتهم، واعـتبرت الواقعة سرقة عادية، وعوقب عليها بعقـوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية، وإذا شكت المحكمة فى ثبوت الجريمة أو فى توافر ركن من أركانها حكم ببراءة المتهم(١).

ما يترتب على درء الحد بالشبهة:

تختلف النتائج التى تترتب على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات، ففى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد بتبـرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، وفى بعض الأحيان يؤدى بتطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها.

وبالنظر إلى التطبيقات الفـقهية نجد أن قوة الشبهة أو ضـعفها هو السبب فى إزالة وصف الجريمـة عن المتـهم، ومن ثم قسم بعض الفـقهاء المـحدثين الشـبهة من حـيث آثارها إلى قسمين:

الأول: شبهـات قوية تمحو وصف الجريمـة، ويترتب على محو وصف الجريمـة سقوط العقوبات حتمًا.

الثـانى: شبهات ضعيفة لا تمحـو وصف الجريمة ولكنها فقط تسقط الحد، وإذا لم يمح وصف الجريمة عن المتهم اتجه القاضى بعد سقـوط الحد إلى عقوبة غير مقدرة وهى التعزير بما يراه مناسبًا لزجره شريطة أن لا تبلغ الحد الذى درئ عنه بالشبهة.

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص١٠٦، شرح قانون العقوبات لكامل مرسى ص١١٤، ١١٥.

فالشبهات التى تتعلق بالدليل كلها شبهات قوية؛ لأن الفعل تنازعه دليلان:

أحدهما: مبيح، **والآخر:** محرم، فالتحريم فى بعض الأنظار غير ثابت كالنكاح بغير ولى، وسرقة الأب مال ولده، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة. . . ودرء الحد والتعزير بالشبهة القوية متفق عليه بين فقهاء المذاهب.

يقول ابن قدامة: «ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولى ولا شهود، ونكاح الأخت فى عدة أختها البائن ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن.

وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن الاختلاف فى إباحة الوطء فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات[1]، وليس اختلاف العلماء هو الشبهة الدارئة للحد، وإنما الشبهة هى: التعارض بين أدلة التحريم والتحليل، فإن الحلال ما قام دليل تحليله والحرام ما قام دليل تحريمه، وليس أحدهما أولى من الأخر[2].

فالاختلاف فى حل هذه الأنكحة معناه الشك فى انطباق نص الزنا على هذه الأفعال، ومن ثم ينعدم وصف الجريمة، فيجب تبرئة المتهم مما نسب إليه.

أما إذا كانت الشبهة ضعيفة فإنها لا تمحو وصف الجريمة ولكنها فقط تسقط الحد، ومن الشبهات الضعيفة، شبهة العقد عند أبى حنيفة فمن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بأن كانت من ذوى محارمه بنسب كأمه أو بنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبى حنيفة وسفيان الثورى وزفر. . . وإن قال: علمت أنها علىَّ حرام. . . ولكنه يعاقب على ذلك عقوبة هى أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدّا مقدرًا شرعًا إذا كان عالمًا بذلك، أما إذا لم يكن عالمًا فلا حد ولا تعزير[3].

القاعدة السابعة: الحر لا يدخل تحت اليد[4]

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الحر إذا غصبه غاصب فلا يستولى عليه استيلاء الغصب ولا يضمن منافعه ولا يضمن ما معه بوضع اليد عليه، وعلى ذلك فلا يضمن منافع الحر ضمان المغصوب بخلاف غاصب الدابة فإنه يضمن بأقصى القيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف.

---

(١) المغنى، لابن قدامة، جـ٨/ ١٨٣، ١٨٤.
(٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام، لعز الدين بن عبد السلام، جـ٢/ ١٦٠.
(٣) فتح القدير، جـ٤/ ١٤٧، والهداية معه والعناية بهامشه.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٣٨.

فالمنافع التى تفوت بغصب الحر وأخذه قهرًا عنه وحبسه فلاضمان لها لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يدخل فى استيلاء الغصب وهذا هو الأصح.

وأما مقابل الأصح: فيضمن لأنه فوت عليه المنافع فيضمن ضمان عطل وإضرار وهذا هو المعقول فيكون من باب العقوبة للضرار وليس من باب الضمان.

وثياب الحر وما فى يده من المال لا يدخل فى ضمان الغـاصب لأنها فى يد الحر حقيقة لأن المال مـحرز فى يد الحر والحـر لا يدخل تحت اليد فلا يدخل مـاله من باب أولى حتى ولو كان الحر صغيرًا أو مجنونًا، وهذا هو الأصح.

ومقابل الأصح لو كان الحر صغيرًا أو مجنونًا يضمن واضع اليد لأن يد المجنون والصغير كلا شيء فكأنه أخذ المال مباشرة بقطع النظر عن المجنون والصغير.

قال النووى: منفعة بدن الحر، مضمونة بالتفويت، فإذا قهر إنسان حرّا وسخره فى عمل، ضمن أجرته، وإن حـبسه وعطل منافعه، لم يضمـنها على الأصح؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده، بخلاف المال.

وقال ابن أبى هريرة: يضمنها[١].

القاعدة الثامنة: «ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط»

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الحكم الذى ثبت بوضع الشارع وهو الله سبحانه وتعالى مقدم على ما ثبت بالشرط عند التعارض؛ لأنه إذا تقدم ما ثبت بالشرط ترتب عليه تقديم عبارة المخلوق على عبارة الخالق جل وعلا، وهذا لا يجوز شرعًا ولا عقلاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (الحجرات: ١) والمعنى: لا تقطعوا أمرًا من أمور دينكم قـبل أن يحكم الله ورسوله به[٢]، فينبغى أن تتـأدبوا ولا تقضوا أمرًا دون الله ورسوله من شرائع دينكم[٣].

وذلك فـإن من آمن بالله ربّا وبالإسـلام دينًا وبمحـمـد نبيًـا ورسـولاً وتأكد من صـدق النصوص الشرعية إلى رسول الله ﷺ فإن عليه بعد ذلك أن يترك رأيه وهواه، وأن يُحكم ما أوحى الله تعالى به إلى رسولـه ﷺ وليس له أن يحتكم إلى الموازين والمقـاييس العقلية، ويعارض بها النصوص الشرعية؛ لأن العقـول مهما أوتيت من عظمة، فإن الله تعالى لم يجعل

(١) روضة الطالبين جـ٥/ ١٤.
(٢) البيضاوى، جـ٣/ ٣٦٥، من الحاشية.
(٣) مختصر ابن كثير، جـ٣/ ٣٥٧.

لها القدرة على إدراك كل شيء والإحاطة علمًا بكل صغيرة وكبيرة ﴿وَمَا أُوتِيتُم مِّنَ الْعِلْمِ إِلاَّ قَلِيلاً﴾ (الإسراء: ٨٥) فمن الأشياء ما لا يصل العقل إليه بحال، ومنها ما يصل إلى ظاهر منه دون اكتناه، وهي مع هذا القصور الذاتي لا تكاد تتفق في فهم الحقائق التي أمكن لها إدراكها، فإن قوى الإدراك ووسائله تختلف عند النُظَّار اختلافًا كبيرًا[١].

ولذلك فإن سبب مزلَّة أقدام العَقْلانيين ووقوعهم في البدع هو أنهم قدموا العقل على النصوص الشرعية فلم يأخذوا منها إلا ما وافق عقولهم وطرحوا كل ما لم يستحسنوه فرفعوا بذلك العقل عن مكانته وأنزلوا الشرع عن مكانته حيث قدموا ما حقه التأخير وأخروا ما حقه التقديم وجعلوا الأصل فرعًا والفرع أصلاً فوقعوا في بدع عظيمة كبدعة الجهمية في نفي أسماء الله تعالى وصفاته[٢]، وكبدعة المعتزلة في نفي الصفات[٣].

الفرع الأول: نذر الواجب:

قال السيوطي: «ولهذا ـ أي لكون ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط ـ لا يصح نذر الواجب»[٤].

معنى النذر:

النذر لغة: الوعد بخير أو شر، ويتعدى بنفسه أو بالباء، فيقال: وعده خيرًا ووعده شرًا، كما يُقال: وعده بالخير ووعده بالشر، وقد صرح أئمة اللغة بأن الوعد يُستعمل في الخير والشر مقيدًا، فيقال: وعده خيرًا ووعده شرًا.

وأما عند الإطلاق فيستعمل الوعد في الخير والإيعاد في الشر، فإذا قال شخص لآخر: أكرمك غدًا، فهذا من قبيل الوعد بالخير وإذا قال له: أضربك غدًا فهذا إيعاد بالشر.

قال الشاعر:

وإني إذا أوعدته أو وعدته
لمخلف إيعادي ومنجز موعدي

وفيه لف ونشر مرتب، فقوله: لمخلف إيعادي راجع لقوله أودعته وذلك في الشر، وقوله: ومنجز موعدي أو وعدي راجع لقوله: وعدته، وذلك في الخير؛ لأن خلف الإيعاد في الشر مما يمتدح به؛ لأنه ينشأ عن الحلم والعفو كإنجاز الوعد في الخير لأنه ينشأ عن الكرم والسماحة.

---

(١) أصول البدع ص٤٦.
(٢) تاريخ الفرق الإسلامية ص٢٢.
(٣) المرجع نفسه ص٩٥.
(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٦.

وأما النذر شرعًا: فهو الوعد بخير خاصة قاله الرويانى والماوردى، وقال غيرهما: النذر التزام قربة لم تتعين بأصل الشرع[١].

والمعنى الذى تضمنه هذا التعريف، أن المرء إنما يعقد النذر على نفسه تاكيدًا لما ألزم نفسه به تقربًا إلى الله تعالى، كأن يقول شخص: نذرت لله كذا أو علىَّ لله كذا. . . يريد بذلك التقرب إلى الله تعالى، وحكم هذا النوع من النذر وجوب الوفاء به لقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ (الحج: ٢٩) ويكره النذر المقيد كأن يقول: إن شفا الله مريضى صمت كذا أو تصدقت بكذا، لقول ابن عمر ﷺ: «نهى رسول الله ﷺ عن النذر قال: إنه لا يرد شيئًا وإنما يستخرج به من البخيل الشحيح»[٢] ولا ينعقد بغير القول ولا بمحال ولا فى معصية لحديث عمران بن حصين: «لا نذر فى معصية الله، ولا فيما لا يملكه ابن آدم»[٣] قال العلماء: لا يستحب النذر، للنهى عنه، وتوقف شيخ الإسلام ابن تيمية فى تحريمه وحرمه طائفة من أهل الحديث.

محترزات التعريف:

خرج بالقربة، المعصية، فلا يجوز نذرها كشرب الخمر والصلاة بغير وضوء لما رواه البخارى عن عائشة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه»[٤] والقربة ما يتقرب به إلى الله تعالى، وخرج بالقربة أيضًا: المكروه؛ لأنه لا يتقرب به، لخبر أبى داود: «لا نذر إلا فيما ابتغى فيه وجه الله تعالى»[٥] ولأن المكروه لا يتقرب به، والنذر لا يكون إلا فيما يتقرب به، فلا ينعقد.

ومحل عدم الانعقاد إذا كان مكروهًا لذاته، كالالتفات فى الصلاة، وأكل بصل أو ثوم أو الإحرام قبل الميقات، أو طلاق زوجته أثناء الحيض، فلا ينعقد لأن ترك المكروه أولى من فعله، وإن فعله فلا كفارة عليه؛ لأنه وفَّى بنذره، أما المكروه لعارض فالمعتمد أنه يلزم الوفاء به كنذر صوم يوم الجمعة أو يوم السبت أو الأحد، فإنه ينعقد؛ لأن الكراهة لعارض الإفراد لا لذات العبادة، فإن العبادة لا كراهة فيها.

وقد ورد النهى عن إفراد يوم السبت بصيام فقال ﷺ: «لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم» ويشمل القضاء والنذر والنفل إلا إذا وافق عادته أو كان يوم عرفة، ونحو ذلك

(١) المصباح المنير، جـ٢/ ٨٣٠، وحاشية الباجورى، جـ٢/ ٣١٩.
(٢) سنن الدارمى جـ٢/ ١٨٥، باب النهى عن النذر.
(٣) رواه مسلم وأبو داود والدارقطنى انظر: تلخيص الحبير جـ٤/ ١٧٥.
(٤) التلخيص، لابن حجر، جـ٤/ ١٧٥. (٥) المرجع السابق.

«وإن لم يجد أحدكم إلا لحاء[١] عنب أو عود شجر فليمضغه» فمعنى الكراهية أن يخص يوم السبت أو الأحد بصيام لأن اليهود يعظمون يوم السبت والنصارى يعظمون يوم الأحد، ولذلك كان رسول الله ﷺ يصوم السبت والأحد أكثر مما يصوم من الأيام ويقول: «إنهما عيد المشركين فأنا أحب أنا أخالفهم».

وعلى ذلك، فإنه يفرق بين المكروه لذاته والمكروه لعارض فينعقد الثانى دون الأول.

وخرج المباح لذاته؛ لأنه لا ينعقد إذا نذره عند الشافعية لأنه لا يتقرب به إلى الله تعالى لحديث أبى إسرائيل عن ابن عباس قال: «**بينما النبى ﷺ يخطب إذ هو برجل قائم فى الشمس فسأل عنه فقالوا: هذا أبو إسرائل نذر أن يصوم ولا يقعد ولا يستظل، ولا يتكلم، فقال النبى ﷺ : مروه فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه**»[٢].

وهذا يدل على أن النذر إذا كان على فعل مباح أو تركه فلا ينعقد باتفاق الأصحاب فضلاً عن لزومه، وما دام نذر المباح لا ينعقد فلا كفارة فيه لعدم انعقاده.

ومن النذر المباح نذر لبس الثوب وركوب الدابة بأن يقول: لله علىَّ أن ألبس ثوبى أو لله علىَّ أن أركب دابتى، فإن نذر ذلك فلا ينعقد نذره.

لكن إذا اقترن بالمباح ما يصيره عبادة صح نذره لقوله ﷺ : «حتى اللقمة يرفعها إلى فم زوجته له بها صدقة» وقوله: «المسلم إذا أنفق نفقة على أهله وهو يحتسبها فهى له صدقة»[٣].

وخرج بقوله: «لم تتعين بأصل الشرع» الواجب العينى كصلاة الصبح والظهر، فلا يصح نذره؛ لأنه لزمه عينًا بالشرع قبل النذر فيكون التزامه بالنذر لا معنى له، ولو قلنا بانعقاده لأدى إلى تقدم ما ثبت بالشرط على ما ثبت بالشرع وهو خلاف القاعدة ويكون من قبيل تحصيل الحاصل وهو لا يجوز.

وأما المندوب، فينعقد النذر به؛ لأنه غير متعين بأصل الشرع كتشييع جنازة، وقراءة سورة معينة، وطول قراءة صلاة، وعيادة مريض، وزيارة أخ فى الله تعالى وغير ذلك مما لا يضره، ولا يعطل مصالحه ومصالح أهله، وكان يقصد التقرب، أو نذر أن يتصدق أو لا يرد سائلاً فيلزمه الوفاء بذلك كله لعموم قوله تعالى: ﴿ **وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ (٧٥) فَلَمَّا آتَاهُم مِّن فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوا وَّهُم مُّعْرِضُونَ (٧٦) فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي**

(١) لحاء عنب أى قشر عنب.

(٢) التلخيص الحبير جـ٤/ ١٧٧ .

(٣) مسند الدارمى، جـ٢/ ٨٥.

قُلُوبِهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ ﴾ (التـوبة: ٧٥ - ٧٧) وقـوله ﷺ : «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[(١)].

وينعقد أيضًا نذر الواجب الموسع، وهو ما وقته يسعه ويسع غيره، والانعقاد فى الواجب الموسع يكون باعتبار وقته لا باعتبار ذاته.

فإذا نذر شخص أن يصلى الظهر عند الزوال، لزمه النذر؛ لأنه يجوز ترك الصلاة فى هذا الوقت بالذات، وأن يصليها فى وقت الاختيار لأن ما جاز تركه فى وقت من الأوقات انعقد نذره فى وقت معين.

وينعقد نذر الواجب الكفائى كـذلك. . . والواجب الكفائى هو الأمر الذى إذا أتى به فرد من أفراد المكلفين فقد تم المطلوب وسقط الحرج عن المكلفين جميعًا[(٢)]، وإنما سمى بذلك لأنه منسوب إلى الكفاية، والسـقوط من حيث إن فعله من أى فاعل يسـقط طلبه عن الآخرين وذلك مـثل أن ينذر شخـص أن يصلى على كل جنازة يحـضرها، فـإن الصـلاة على الجنازة واجب على سبيل الكفايـة، فينعقد النذر إلا فى حق شخص قد انفرد، ولا يوجـد غيره، وقد حضرت الجنازة فيتعين عليه الصلاة.

ويدخل فى الواجب الكفائى بناء المستشفـيات، وتولى سلطة القضاء والإفتاء وبدء السلام ورده، فإن هذا ونحوه مما يلزم حصوله من غير نظر إلى من يفعله.

ويظهـر من هذا أن الواجب العـينى هو الذى يتـعلق التكـليف فيـه بكل فـرد من أفـراد المكلفين، ولهذا نسب إلى العين، وهذا هو فرق ما بين الواجب الكفائى والواجب العينى.

وقد اتفق الأصوليون على أن الواجب الكفائى يتحـقق المقصود منه بفعل بعض المكلفين له، فمتى فعله بعضهم فلا يطالب بفعله البعض الآخر.

واتفقوا أيضًا على أن ترك الواجب الكفائى من جميع المكلفين يوجب تأثيم الجميع لأنهم فوتوا ما قصد من الفعل[(٣)].

أما الواجب المخـير فهو ما طلبـه الشارع مبهمًا فى واحـد من أمور معينة كأحـد خصال كفـارة اليمين فى قـوله تعالى: ﴿ **لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ** ﴾ (المائدة: ٨٩).

---

(١) التلخيص لابن حجر جـ٤/ ١٧٥.

(٢) أصول الفقه، للشيخ الخضرى، الطبعة السادسة، ص٤٠.

(٣) أصول الفقه، لفضيلة الدكتور محمد أبى النور زهير، جـ/ ١١٥.

أى فكفارة ما عقدتم الأيمان إذا حنثتم ﴿**إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ**﴾ أى من خير وأمثل قوت عيالكم ﴿**أَوْ كِسْوَتُهُمْ**﴾ ما يصح أن يصلى فيه، أو عتق رقبة إذا وجدت، ويشترط أن تكون مؤمنة ﴿**فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ**﴾ متتابعة وجوبًا، والجمهور على أنها متتابعات، لقراءة ابن مسعود: «فصيام ثلاثة أيام متتابعة» فدلت هذه القراءة على مشروعية التتابع.

الفرع الثانى: الطلاق الرجعى على مال:

الرجعة فى الطلاق هى: إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ وَلا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِى أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾ إلى قوله: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: ٢٢٨، ٢٢٩) ولقوله ﷺ: «مره فليراجعها» وطلق رسول الله حفصة ثم راجعها، ولأن حكم الرجعية حكم الزوجات والرجعة إمساك، فتصح الرجعة ما دامت فى العدة وذلك بأربعة شروط وهى:

الدخول أو الخلوة، وكون الطلاق عن نكاح صحيح، وكونه دون ما يملك، وكونه بلا عوض، فإن فقد بعضها لم تصح[١].

قال السيوطى: «ولو قال: طلقتك بألف على أن لى الرجعة، سقط قوله «بألف» ويقع رجعيًا؛ لأن المال ثبت بالشرط، والرجعة بالشرع، فكان أقوى»[٢].

وذلك لأن قول الرجل لزوجته طلقتك بألف، يقتضى وقوع الطلاق على مال، والطلاق على مال لا يقع إلا بائنًا كالخلع، لأن الزوجة بذلت المال تملك بضعها[٣] فلا يملك الزوج ولاية الرجوع إليه لأن القصد إزالة الضرر عنها، ولو جازت بالرجعة لعاد الضرر، فإن شرط الرجوع مع دفع المال فى الطلاق كان طلاقًا رجعيًا؛ لأن شرط الرجعة والمال متنافيان فيسقطان أى يسقط الشرط والمال، ويبقى مجرد الطلاق[٤] فيكون رجعيًا، والأول ثبت بالشرط والثانى ثبت بالشرع، فيقدم ما ثبت بالشرع لأنه أقوى كما قال العلامة السيوطى.

والمراد: إثبات القوة كاملة فى جانب الشرع ونفيها تمامًا فى جانب الشرط، فأفعل التفضيل هنا ليس على بابه.

---

(١) حاشية النجدى على الروض المربع ص٦٠١، ٦٠٣.
(٢) الأشباه، للسيوطى، ص١٦٦.
(٣) البضع: الفرج، المعجم الوجيز، مادة بضع، ص٥٤.
(٤) مغنى المحتاج، للشربينى الخطيب، جـ٣/ ٢٧١.

وهذا إذا كان الزوج هو الذى قـال لزوجته «طلقتك بألف» أما إذا كـانت الزوجة هى التى قالت: «طلقنى بألف» فقال الزوج: طلقتك بألف على أن لى الرجعة، سقط قوله (على أن لى الرجعة) ويقع الطلاق بائنًا لأن هذا مـا ثبت بالشرع فيقدم على ما ثبت بالشـرط، فيقع الطلاق حينئـذ بائنًا، وتحصل الفرقـة بينهما بمـجرد أخذ المال فـلا تحتاج إلى لفظ الزوج فـالزوجة المفتدية هى التى تقول: أنا أفتدى نفسى مـنك بألف مثلاً، فإذا قبل الزوج الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح وهذا مذهب أحـمد، فقد قال إسحاق بن منصـور: قلت لأحمد: كيف الخلع؟ قال: إذا أخذ المال فهو فرقة، واحتج بقول النبى ﷺ لجميلة: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال: «خذ ما أعطيتها ولا تزد ولم يستدع منه لفظًا» ولأن دلالة الحال تغنى عن اللفظ بدليل أنه لو دفع ثوبه إلى خياط مـعروف بذلك فخاطه له استحق الأجرة، وإن لم يشترط العوض. والـصحيح أنه لا يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق، ولأن أخذ المال قبض العوض فلم يقم بمجـرده مقام الإيجاب، ولأن الخلع وإن كان طلاقًا فلا يقع بدون صريحه أو كنايته، وإن كان فسـخًا فهو أحد طرفى عقد النكاح فيعتـبر فيه اللفظ كابتداء العقد، وأما حديث جميلة فقد رواه البخارى بلفظ «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وهذا صريح فى اعتبار اللفظ[1].

فـــائـدة: ينقسم الطلاق من حـيث الأثر المترتب عليـه إلى طلاق رجعى، وبائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

فالطلاق الرجعى، هو الذى لـم يبلغ حد الثلاث، ولم يكن على مال، ويعرف كـما جاء فى قانون الأحـوال الشخصيـة رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م بأنه: طلاق الرجل زوجته المدخـول بها حقيقة إذا لم يقترن بعوض ولم يسـبق بطلاق أو سبق بطلقة واحدة، وهذا مأخوذ من المذهب الشافعى والـمالكى، ويكون من حق الزوج مراجعـتها ما دامت فى العدة بـشرط أن يكون قد دخل بها.

فإن كـان لم يدخل بها أصلاً، أو دخل بها وطلقـها طلقة أو طلقـتين ولم يراجعهـا حتى انقضت عدتها منه كانت أحق بنفسها منه وهذه هى البائن بينونة صغرى.

أما البائن بينونة كبرى: فهو الطلاق المـكمل للثلاث، وبه تخرج المرأة من عصمة الزوج بالطلقة الثالثة، وتصبح محرَّمة عليه، ولا يجوز له مراجعتها إلا بعد أن تنكح زوجًا غيره بعقد شرعى ويدخل بها دخولاً حقيقيًا لا بقصد تحليها لزوجها الأول[2] لقوله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾ (البقرة: ٢٣٠).

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٧/ ٥٨.

(٢) حاشية الباجورى، جـ٢/ ١٥٣.

الفرع الثالث: إذا لم يحج، وأحرم بحج تطوع أو نذر:

قال السيوطى: «ومن لم يحج إذا أحرم بتطوع أو نذر، وقع عن حجة الإسلام؛ لأنه يتعلق بالشرع، ووقوعه عن التطوع والنذر، متعلق بإيقاعه عنهما، والأول أقوى»[(١)].

معنى الحج:

الحج هو الركن الخامس من أركان الإسلام الخمسة التى علمت من الدين بالضرورة، فهو إذًا من العلم المستفيض، الذى توارثته الأمة خلفًا عن سلف، والحكمة من فرضه على الناس أنه إنما وضع البيت، وأوجب حجه ﴿لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ﴾ (الحج: ٢٨) كما ذكر الله فى كتابه، لا لحاجة به تعالى إلى الحجاج، كما يحتاج المخلوق إلى من يقصده ويعظمه فإن الله غنى عن العالمين وأخر الحج عن الصلاة والزكاة والصوم لأن الصلاة عماد الدين، ولشدة الحاجة إليها ولتكررها كل يوم خمس مرات، وأول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة، ثم الزكاة لكونها قرينة لها فى أكثر المواضع من الكتاب والسنة ولشمولها المكلف وغيره، ثم الصوم لتقرره كل سنة، لكن البخارى قدم الحج على الصوم للتغليظ.

فمن أنكر وجوب الحج فقد كفر وارتد عن الإسلام، فيجب على المسلم أداؤه متى توافرت شروطه، فإذا أحرم من لم يحج حجة الإسلام ناويًا النذر أو التطوع، وقع عن حجة الإسلام؛ لأن وقوعه عن حجة الإسلام ثابت بالشرع ووقوعه نذرًا أو تطوعًا ثبت بالشرط، فيقدم ما ثبت بالشرع على ما ثبت بالشرط، والأول أقوى، أى أقوى من جهة الدليل، فقد أجمع المسلمون على أنه ركن من أركان الإسلام وفرض من فروضه، قال تعالى: ﴿فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَّقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾ (آل عمران: ٩٧) أى ولله على الناس فرض واجب حج البيت، فحرف «على» للإيجاب لا سيما إذا ذكر المستحق وأتبعه بقوله: «ومن كفر» فسمى تعالى تاركه كافرًا، فدل على كفره، وحيث دل على كفره فقد دل على آكدية ركنيته... فمن لم يعتقد وجوبه فهو كافر إجماعًا[(٢)].

وأفعل التفضيل هنا يفيد وجود القوة فى الاثنين، لكن الأول أقوى؛ لأن وقوعه عن حجة الإسلام من اعتبار الشارع، ووقوعه عن التطوع والنذر من اعتبار الناذر، فيقدم الأول لقوته، وإن كان فى الثانى قوة؛ لأنه ناتج عن قصده ونيته، والنية لها أثرها الواضح فى صيرورة المباحات إلى عبادات، وإذا كان الأمر كذلك فاعتبارها فيه قوة، لكن ما اعتبره الشارع أقوى، فيكون أفعل التفضيل هنا جاء على بابه.

---

(١) الأشباه للسيوطى، ص١٦٦.

(٢) حاشية النجدى جـ٣ ص٤٩٨.

الفرع الرابع: اشتراط مقتضى العقد:

قال السيوطى: «ولو شرط مقتضى العقد، لم يضره ولم ينفعه، ومقتضى العقد مستفاد منه بجعل الشارع لا من الشرط»[(١)].

العقد قد يقترن بالشرط وشروطه كثيرة ومتنوعة منها ما هو جائز ومنها ما هو محرم، فالشرط الجائز ما كان موافقًا للشرع ويعتبر كذلك كل شرط من مقتضيات العقد كاشتراط حبس المبيع حتى قبض الثمن، فى عقد البيع أو كل شرط ملائم للعقد كاشتراط الرهن تأمينًا لدفع الثمن، أو كل شرط متعارف بين أهل البلد، كاشتراط وضع القفل فى الباب عند شرائه، فالشرط الموافق لمقتضى العقد لم يأت بجديد، وإنما هو إظهار لنفس الحكم فهو يقرر حكم العقد فى المعنى، فلو أجر شخص دابته أو سيارته لآخر، فقال المستأجر قبلت ذلك بشرط أن أركبها، أو أجر له دارًا فقال له: قبلت بشرط أن أسكنها، فإن هذا لا يضيف جديدًا، لأن هذه المقتضيات ثابتة بالشرع، وإنما هو يؤكد الأثر المترتب على العقد، وبالتالى فلا يضره ولا ينفعه.

وهذا الفرع غير داخل فى القاعدة إلا أن السيوطى ذكره لبيان أن القاعدة مقيدة بحالة التعارض، أما فى حالة التوافق فلا يحتاج الأمر إلى إعمال هذه القاعدة.

تنبيه: قال ابن السبكى: «هذه الفروع تدل على أنه إذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق وهو وجه؛ لأن ما قبله ثابت بالشرع فلا يحتاج إلى الشرط»[(٢)].

أما خيار المجلس: فهو فى اللغة: . . . مكان الجلوس، والمراد به المكان الذى يوجد فيه المتعاقدان من وقت بداية العقد إلى تمامه ونفاذه ولزومه، وعلى هذا يكون مجلس العقد هو مكان الاجتماع الواقع فيه العقد على أى حال كان المتعاقدان عليها.

وخيار المجلس فى اصطلاح الفقهاء يعرف: بأنه حق شرعى بمقتضاه لكل واحد من المتعاقدين الحق فى إمضاء العقد أو فسخه ما داما فى المجلس، ما لم يتفرقا أو يتخايرا، فإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع أو تفرقا على هذا فقد وجب[(٣)]، ومن هذا يظهر أن إضافة الخيار إلى المجلس من إضافة الشىء إلى ظرفه.

وأما خيار الشرط فهو فى اللغة: يطلق على معان كثيرة: منها إلزام الشىء والتزامه فى البيع ونحوه. . . والشرط سبب والخيار مسبب فهو من إضافة المسبب إلى السبب.

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٦٦.
(٢) الأشباه، للسيوطى، ص١٦٦.
(٣) المحلى لابن حزم جـ٨/ ٣٥٢.

وفى اصطلاح الفقهاء: هو أن يكون لكل من المتعاقدين أو لأحدهما، أو لأجنبى حق إمضاء العقد أو فسخه فى مدة معلومة عند اشتراطهما ذلك.

قال ابن السبكى: «إنه إذا اجتمع خيار المجلس عند من يقول به وخيار الشرط يكون ابتداء خيار الشرط من وقت التفرق، وهو وجه لأن خيار المجلس ثابت بالشرع وهو قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[١] فيقدم ما ثبت بالشرع على ما ثبت بالشرط وهذا هو الوجه الأول.

والوجه الثانى: أن ابتداء خيار الشرط من وقت الشرط؛ لأنه بخيار الشرط انقطع خيار المجلس، إلا أن هذا الوجه لا يتفق مع ما شرع لأجله الخيار، فإنه شرع للتروى والنظر فى الأمر، وهذا نقيض أن يكون خيار الشرط من وقت الاشتراط، وإنما الذى يلائمه أن يكون ابتداء الشرط من حين التفرق، فالوجه الأول هو الذى يناسب الحكمة من مشروعية الخيار.

قال السبكى: «وقد يقال: لا معارضة بينهما، عند من جوز اجتماع علتين»[٢].

وهذا يفسر لنا أن العلل الشرعية المقتضية لوجود الحكم إما أن تكون بمعنى الأثر أو بمعنى المعرف، فإن كانت بمعنى الأثر، فلا يجوز اجتماع مؤثرين على مؤثر واحد، وإن كانت بمعنى المعرف، فيجوز اجتماع أكثر من معرف على معرف واحد.

ولهذا، فمن قال: إن العلة بمعنى المؤثر فإنه يمنع اجتماع علتين على معلول واحد، وعليه فتحسب مدة خيار الشرط من التفرق، أما من قال: إنها بمعنى المعرف، فإن خيار الشرط يبدأ من حين الاشتراط، فيجتمع خيار المجلس مع خيار الشرط من حين الاشتراط إلى حين التفرق على معلول واحد وهو الخيار فى هذه المدة.

الأثر الفقهى:

ويترتب على ذلك ألا تحسب مدة خيار المجلس من خيار الشرط على الرأى القائل بأن خيار الشرط من حين التفرق، ولكنها تحسب على الرأى الآخر، وخيار المجلس ثابت بالشرع، وخيار الشرط ثابت بالشرط.

والعلتان، هما المجلس والشرط، والمعلول هو الثلاثة أيام.

قال ابن السبكى: وتشبه هذه القاعدة، نذر الفرائض فإنه لا يصح؛ لأن الفرائض، ثابتة

---

(١) سنن الدارمى جـ٢/ ٢٥٠ باب فى البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ولفظه: عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما».

(٢) المحلى لابن حزم جـ٨/ ٣٥٢.

بالشرع، وورود الالتزام عليها لا يفيد شيئًا، وذلك مما يقوى أنه لا يجتمع علتان على معلول واحد[١].

وهذا إذا كانت العلة بمعنى المؤثر، فإن كانت بمعنى المعرف فيصح نذر الفرائض، قال العلماء: وما وجب بالشرع إذا نذره العبد، أو عاهد عليه الله، أو بايع عليه الرسول أو الإمام، أو تحالف عليه جماعة فإن هذه العهود والمواثيق تقتضي وجوبًا ثانيًا، غير الوجوب الثابت بمجرد الأمر الأول فيكون واجبًا من وجهين: واجب بالشرع وواجب بالنذر[٢]، فيجب الوفاء به لعموم قوله ﷺ: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[٣].

* * *

القاعدة التاسعة: ما حرم استعماله حرم اتخاذه[٤]

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أنه يحرم على المكلف أن يحوز شيئًا محرمًا عنده بأى سبب من أسباب التملك بشراء أو اتهاب ونحوهما ولو لم يقصد استعماله؛ لأن وجوده فى حوزته عامل قوى يؤدى إلى استعماله فإن اتخاذه ولو لم ينو استعماله حرام وكل ما يؤدى إلى الحرام فهو حرام.

دليل القاعدة:

دليل هذه القاعدة، سد الذرائع، وهو مبدأ معمول به فى الشريعة الإسلامية دل عليه كثير من الآيات والأحاديث، قال تعالى: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِى فِى قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلاً مَّعْرُوفًا﴾ (الأحزاب: ٣٢) وقال سبحانه: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِى إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِى أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُوْلِى الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (النور: ٣١) وقال: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾ (النور: ٣٠).

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن السبكى، جـ١/ ١٥٨.

(٢) حاشية النجدى على الروض المربع جـ٨/ ٤٩٦.

(٣) انظر: التلخيص الحبير جـ٤/ ١٧٥.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٦٧، والمجلة. ٣٤، ٣٥.

فضـرب المرأة برجلها ذات الخـلاخيل ذريعة إلى النظر والافـتتان، كمـا أن القول اللين المتكسر ذريعة إلى ذلك فنهى الله عنه لأنه يوصل إلى الزنا المشتمل على المفاسد[1].

ونحن إذا تتبعنا التكاليف الشرعية وجـدنا أن الشارع يعطى الوسيلة حكم الغاية، فلا ينهى عن شىء إلا وينهى عن كل ما يوصل إليه؛ لأن ما يوصل إلى الحرام فهو حرام.

ومن ذلك حديث ابن عـمر: «لعن الله الخمر، وشاربهـا وساقيها، وبـائعها، ومبتـاعها، معتصرها، وعاصرها، وحاملها، والمحمولة إليه»[2] وزاد ابن ماجه: «وآكل ثمنها».

فروع القاعدة:

قال الـسيوطى: «ومـن ثم حرم اتخـاذ آلات الملاهى، وأوانى النقـدين والكلب لمن لا يصيـد، والخنزير، والفواسق، والخمـر، والحرير، والحلى للرجل»[3] فـهذه الفـروع تدخل تحت القاعدة وبيانها كالآتى:

الفرع الأول: اتخاذ آلات الملاهى:

فيحـرم اتخاذ آلات الملاهى لأنه يحرم اسـتعمالهـا فيحرم اتخاذها فـى البيوت، وإن لم يقـصد اسـتعمـالهـا؛ لأنه ذريعة إلى الاسـتعمـال، ويدخل فى آلات اللهـو أدوات الطرب والموسـيقى، وكـذلك آلات اللعب... إذا كان بمـصاحبـة المنكر أو الفحش أو تـسبب فى الوقوع فى ذلك، لما روى التـرمذى أن رسول الله ﷺ قال: «إذا فعلت أمتى خـمس عشرة خصلة حل بها البلاء...» وذكر منها «... إذا اتخذت القينات والمعازف».

وهذا ما حكاه القـرطبى وغيره[4]، وقد اختلف فى الغنـاء مع آلات الملاهى، أو بدونها فذهب الجمـهور إلى التحريم مسـتدلين بما رواه ابن عمـر أن النبى ﷺ قال: «إن الله حرم الخمر والميسر والكوبيـة والغبيراء وكل مسكر حرام»[5] وذهب أهل المدينة ومن وافـقهم من علماء الظاهر وجماعة من الصوفيـة إلى الترخيص فى السماع ولو مع العود فكانوا لا يرون فى الغناء بأسًا.

ومذهب مالك ابن أنس إباحة الغناء بالمعـازف وإليه ذهب الظاهرية قاطبة، وحكى إباحة العود عن بعض الشافعية وحكاه الأدفوى عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام.

---

(١) أصول الفقه، لفضيلة الشيخ البرديسى، ص٣٥١.

(٢) سنن أبى داود، كتاب الأشربة، الحديث ٣٦٧٤.

(٣) أشباه السيوطى، ص١٦٧.

(٤) حاشية النجدى على الروض المربع، جـ١/ ١٠٢.

(٥) رواه أحمد وأبو داود يراجع: نيل الأوطار جـ٨/ ١٠٩ والكوبية بضم الكاف وسكون الواو ثم باء موحدة هى الطبل، والغبيراء بضم الغين: العود، وقيل: الطنبور.

وجزم بالإباحة أبو بكر بن العربى، فهؤلاء جميعًا قالوا بتحليل السماع مع آلة من الآلات المعروفة، أما مجرد الغناء من غير آلة فالغزالى نقل الاتفاق على حله.

الفرع الثانى: أوانى النقدين:

أوانى النقدين: يحرم اتخاذهما، واقتناؤها، لأنه يحرم استعمالها لما فى الصحيحين «لا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا فى صحافهما، فإنهما لهم فى الدنيا، ولكم فى الآخرة»(١).

وجميع أنواع الاستعمال فى معنى الأكل والشرب بالإجماع، واتفقوا على أن الحرمة تعم الذكر والأنثى لعموم الأخبار وعدم المخصص.

الفرع الثالث: اقتناء الكلب:

الكلب يحرم اقتناؤه لمن لا يصيد؛ لأنه يحرم استعماله إلا لضرورة الصيد أو الحراسة ولا ضرورة هنا، لما روى «أن الملائكة لا تدخل بيتًا فيه كلب ولا صورة ولا جنب»(٢) فإن كان لحراسة الزرع أو الماشية أو للصيد، فهذا الكلب مأذون فى اتخاذه من جهة الشرع، وأما غير ذلك لا يجوز. . . ولا يبعد أن يدخل فى المباح اتخاذه للجر كما هو معتاد فى بلاد «الإسكيمو» حيث تقتنى الكلاب للجرِّ، وكذا الكلاب البوليسية المدربة يباح استعمالها لهذا الغرض الأمنى والتعرف على المجرمين لردعهم.

فقد روى عن ابن عمر ﵄ عن النبى ﷺ قال: «من اتخذ كلبًا إلا كلب زرع أو غنم أو صيد، ينقص من أجره كل يوم قيراط»(٣).

الفرع الرابع: قتل الخنزير والفواسق:

أما الفواسق، فيجوز قتل الفواسق الخمس فى الحل والحرم، وهى: الحدأة، والفأرة، والكلب العقور، والعقرب والثعبان، وإذا كان يحرم استعمالها، فيحرم اتخاذها، لحديث: «خمس من الدواب ليس على المحرم فى قتلهن جناح. . .»(٤) الحديث، وفى رواية عن ابن عمر قال: حدثتنى إحدى نسوة النبى ﷺ أنه كان يأمر بقتل الكلب، فذكر الخمسة، وزاد: الحية، قال: وفى الصلاة أيضًا، وكذلك الخنزير.

وقد اتفق الفقهاء على حرمة الانتفاع بالخنزير ونقل القرطبى الإجماع على ذلك(٥)،

---

(١) قال ابن منده: مجمع على صحته قاله فى التلخيص جـ١/ ٥٠.

(٢) سنن الدرمى جـ٢/ ٢٨٤، باب لا تدخل الملائكة بيتًا فيه تصاوير.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووى، جـ٥/ ٢٧٣.

(٤) سنن الدارمى جـ٢/ ٣٦ باب ما يقتل المحرم فى إحرامه.

(٥) الجامع لأحكام القرآن، جـ١/ ٦٠.

ولكن رخص فى الخِرَازة أى الخياطة بشعره عند الحنفية والمالكية[١] للحاجة، وكذا الانتفاع بجلده عند من يقول بطهارة جلده بالدباغ لو تأتى فيه ذلك وهو رأى ضعيف... وكلا هذين الأمرين لا يفت من عضد الإجماع على حرمة الانتفاع به بأى نوع من أنواع الانتفاع، فقد روى عن جابر ابن عبد الله ﷺ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول وهو بمكة عام الفتح: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله: أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، فقال: لا، هو حرام، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم شحوم الإبل جملوها ثم باعوها فأكلوا ثمنها»[٢] وعلى ذلك فيحرم اتخاذ الخنزير لأنه يحرم استعماله، وما قيل من جواز بيع شعر الخنزير لأنه طاهر فهو ضعيف وعلى فرض صحته فلا حاجة إليه الآن؛ لأنه قد استعاض الإنسان بآلات متقدمة فى الخرز وعمل المشغولات المختلفة فلا حاجة فيه.

الفرع الخامس: الخمر:

الخمر، يحرم اقتناؤها؛ لأنه يحرم استعمالها، والاقتناء وسيلة إلى الشرب، والخمر المجمع على تحريمه هو المتخذ من عصير العنب إذا اشتد وقذف بالزبد وصارت له رغوة، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخمر يُطلق على كل شراب يتأتى منه الإسكار أيًا كانت المادة التى اتخذ منها: العنب أو التمر أو العسل أو الحنطة أو الذرة أو غير ذلك، ونُقل هذا الرأى عن عدد من الصحابة والتابعين وهو رأى مالك والشافعى وأحمد ومذهب بن حزم الظاهرى[٣]، فلا يختص بالتحريم بالخمر المتخذ من العنب بل يشاركها فى التحريم كل شراب مسكر، قال الحافظ: وهذا أظهر.

لما روى عن عمر ﷺ أنه قال فى خطبته: نزل تحريم الخمر وهى خمسة أشياء: «العنب، والتمر، والحنطة، والشعير، والعسل» متفق عليه من حديث ابن عمر عن النبى ﷺ، وفى آخره: «والخمر ما خامر العقل»[٤] وهذا يدل على أن وصف الخمر لا يقتصر على ما اتخذ من العنب أو تمر النخل وهو البلح بل يشمل نبيذ الحنطة أو الشعير أو الذرة وغير ذلك فقد ثبت فيه أحاديث صحيحة فى البخارى وغيره.

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥/ ٣٠٠٥، ومنح الجليل، جـ/ ٦٠٠.

(٢) صحيح البخارى مع شرح ابن حجر، فتح البارى، جـ٤/ ٤٩٥.

(٣) بداية المجتهد، جـ١/ ٤٧١، حاشية البنانى على شرح الزرقانى لمختصر خليل، جـ٨/ ١١١، مغنى المحتاج، جـ٤/ ١٨٤، كشاف القناع جـ٦/ ١١٦، والمحلى جـ٨/ ٢٣٠.

(٤) رواه أحمد فى مسنده عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال: «من الحنطة خمر، ومن الشعير خمر، ومن التمر خمر، ومن الزبيب خمر، ومن العسل خمر» التلخيص جـ٤/ ٧٣ - ٧٤.

وقد يقال: بأن زراعة القصب والعنب حرام؛ لأن منهـما تؤخذ أعلى أنواع الخمر وأنفسه عند أهله.

وهذا مردود بأن زراعة القصب والعنب وإن كان ذريعة إلى الخمر إلا أنها غير مباشرة، بل هى بعيدة جدّا فلا تدخل معنا فى هذه القاعدة لبعد العلاقة بين العنب والقصب والخمر.

الفرع السادس: الحرير والحلى للرجال:

الحرير والحلى للرجال يحـرمان، والمراد بالحرير الذى يحرم اتخـاذه هو حرير دودة القز أو حرير الإبريسم المطبوخ، فيحرم اقتناؤهما لأنه يحرم استعمالهما للرجال دون النساء.

وحيث ثبت تحريم الاستعمال على الرجال، ثبت تحريم الاتخاذ والادخار، لما روى عن على رضي الله عنه قال: رأيت رسول الله ﷺ أخذ حريرًا فجعله فى يـمينه، وذهبًا فجعله فى شماله ثم قال: «إن هذين حرام عـلى ذكور أمتى»[1] وفى رواية «وحل لإناثهم» ويدخل مع الحـرير الإستبرق والديباج والإبريسم المطبوخ، فهذا كله حرام على الرجال؛ لأنه من أنواع الحرير إلا لضرورة، وأمـا النساء فيـباح لهن لبس الحرير بجـميع أنواعه والحلى والذهب والفـضة وهذا مذهب جماهير العلماء، وانعقد عليـه الإجماع للأحاديث المصرحة بالتحريم[2] على الرجـال دون النساء.

وإذا حـرم الحريـر والحلى على الرجـال فيـحـرم اقتنـاؤهما حـتى لا يكون ذريعـة إلى الاستعمال المحرم عملاً بالقاعدة.

قال السيوطى: «ونقضت هذه القاعدة بمسألة الباب فى الصلح فإن الأصح أن له فتحه إذا سمره».

وهذا اعتراض من السـيوطى على هذه القاعدة بأن هناك ذرائع تؤدى إلى مـمنوع، ولكنها ليست مـمنوعة، ومقـتضى القاعدة أنهـا ممنوعة، وعليـه فيكون ليس كل ممنوع خـارجًا عن القاعدة كما فى مسألة الباب فى الصلح؛ فعلى الأصح أن له فتحه إذا سمره مع أنه قد يستعمل الباب إذا فتحه، ومقابل الأصح ليس له فتحه، وهذا موافق للقاعدة.

وأجيب: بأن له فتحه عملاً بالأصح لأن أهل الدرب يمنعونه من الاستعمال.

وإذا ماتوا فورثتـهم، بخلاف متخذ الإناء من الذهب ونحـوه فليس عنده من يمنعه، وقد يجره اتخاذه إلى استـعماله... فالقاعدة ليـست على إطلاقها وإنما هى مقيـدة بحرمة الاتخاذ

---

(١) رواه أبو داود بإسناد حسن، والنووى فى رياض الصالحين باب تحريم لباب الحرير على الرجال وتحريم جلوسهم عليه واستنادهم إليه وجواز لبسه للنساء، ص٣٤٥.

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووى جـ١٤/ ٣٢.

عند عدم وجود من يمنعه من الاستعمال، فإن وجد من يمنع كما فى مسألة فتح الباب فى الصلح فلا حرمة فى الفتح.

والدرب... كل طريق يؤدى إلى غيره، وهو نوعان:

نافذ، ويجوز فيه الفتح، وغير نافذ، فلا يجوز فيه الفتح على مقابل الأصح، وأما على الأصح فيجوز.

فكل ما يحرم استعماله يحرم اتخاذه حتى لا يجر الاتخاذ إلى الاستعمال، إلا فى مسألة فتح الباب فى الدرب كما ذكرنا.

* * *

القاعدة العاشرة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

معنى القاعدة:

أن الأمر الذى نهى الشارع عن أخذه من الغير يحرم إعطاؤه للغير؛ لأن إعطاء الحرام وأخذه سواء فى الحرمة كما أن أخذ المكروه وإعطاءه مكروه(١).

فروع القاعدة:

ذكر السيوطى: «فروع هذه القاعدة وهى: الربا، ومهر البغى، وحلوان الكاهن، والرشوة، وأجرة النائحة والزامر»(٢).

الفرع الأول: الربا:

الربا محرم شرعًا، ولا خلاف فى حرمته بين المسلمين وإن اختلفوا فى تفاصيله، وقد أخذت حرمته من قوله تعالى: ﴿**الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لا يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ**﴾ (البقرة: ٢٧٥) وقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ (٢٧٨) فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ**﴾ (البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩).

وقال ﷺ: «لعن الله آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه»(٣).

---

(١) درر الحكام، ص٣٩. (٢) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص١٦٧.

(٣) الحديث رواه أحمد، وأبو داود، والترمذى، وابن ماجه، عن ابن مسعود وهو حديث صحيح انظر: الجامع الصغير ١٢٤.

وتحريم الربا عام فيشمل القليل والكثير لأن الله لا يبيح سوى استرداد رأس المال فقط دون أى زيادة عليه قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢٧٩).

و «أل» فى «الربا» لاستغراق الجنس، فيكون لفظ الربا عامًا، يتناول كل أنواع الربا، لا فرق بين نوع وآخر[١] فيدخل ربا الفضل كما يدخل ربا النسيئة، أما ربا النسيئة فمعلوم أنه إنما كان قرضًا مؤجلا بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل فأبطله الله تعالى، وأما ربا الفضل فهو أن يبيع الرجل الشىء من نوعه مع زيادة، كبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقمح بالقمح والشعير بالشعير، وهكذا فإذا أخر أحد البدلين عن الآخر فهو ربا اليد، وهذا النوع ملحق بالربا لما فيه من شبه به، فعن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جنيب أى جيد فقال: «أكلُّ تمر خيبر هكذا؟ قال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجميع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا»[٢].

أما النوع الأول: فالربا فيه ظاهر لا يحتاج إلى بيان إذ تتوافر فيه عناصر الربا وهى:

١- الزيادة على أصل المال.

٢- الزيادة فى نظير الأجل.

٣- كون الزيادة مشروطة فى العقد.

أما النوع الثانى: فهناك فروق أساسية بين الشيئين المتماثلين وهى تقتضى الزيادة ولكن عدم التماثل بين النوعين فى الجنس يخلق شبهة فى أن هناك علة ربوية ومن ثم فقد وصفه الرسول بالربا ونهى عنه.

فقال فيما رواه جابر: «لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه» وقال: «هم سواء» وروى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: يا رسول الله: ما هى، قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»[٣].

فكان أخذ الربا من الغير وإعطاؤه الغير حرامًا عملاً بالقاعدة.

الفرع الثانى: مهر البغى:

البَغِىّ هى الزانية، والمراد بمهر البغى ما تأخذه الزانية أجرًا على الزنا، وهو مجمع على تحريمه لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربى، دار المعرفة جـ١/ ٢٤١، القرطبى، الجامع لأحكام القرآن، جـ٢/ ١٢٧٨.

(٢) رواه الشيخان: يراجع نيل الأوطار جـ٥/ ١٩٥.

(٣) صحيح مسلم، جـ٥/ ٥٠، وابن ماجه جـ٢/ ٧٦٤، وسبل السلام جـ٣/ ٣٦.

دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ (النور: ٢) وقوله ﷺ: «لا يزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن»(١).

وأصل البغى: الطلب، لكن أكثر ما يستعمل فى الفساد وهو الزنا، فيحرم ما تأخذه الزانية من أجر على الزنا، كما يحرم إعطاؤها أجرًا عليه؛ لأنه إعانة على الفساد وهو حرام فيكون حرامًا.

الفرع الثالث: حلوان الكاهن:

الكاهن: هو المنجم الذى يدعى معرفة الغيب، ومثله الدجال وهو الذى يفتح البخت والمشعوذ وهو الساحر، فإذا أخذ هؤلاء من الناس مالاً فهو حرام كما أن إعطاء الناس لهم المال حرام أيضًا فلا يجوز أخذًا ولا إعطاءً لما فيه من أخذ العوض على أمر باطل، وإنما سمى ما يأخذه الكاهن حلوانًا، من الحلاوة شبهه بالشىء الحلو من حيث إنه يؤخذ سهلاً بلا كلفة ولا مشقة، فيكون دفع المال لهم حرامًا، فلا يعلم الغيب إلا الله، قال تعالى: ﴿عالم الغيب فلا يظهر على غيبه أحدا﴾ (الجن: ٢٦) وقال ﷺ: «من أتى عرافًا فسأله عن شىء لم يقبل الله له صلاة أربعين ليلة»(٢) ولأنه إعانة على الحرام فهو حرام.

الفرع الرابع: الرشوة:

الرشوة: ما يعطيه الشخص لحاكم أو غيره، ليحكم له أو يحمله على ما يريد(٣)، بقصد الوصول إلى غير الحق أو إلى الحق إذا أمكنه الوصول إليه بدونها وهى حرام سواء كانت للحاكم أو للقاضى أو للعامل أو لأى شخص يمارس عملاً يجب عليه أداؤه بدون أخذ مال، وحرمتها كما تكون على الآخذ تكون أيضًا على الباذل والوسيط(٤)، فأخذ الموظف الهدية بعد منحه مرتبًا يعتبر غلولاً والغلول محرم فيحرم عليه أخذ الهدية لحديث أنس بلفظ: «هدايا العمال سُحت» والسُّحت هو الرشوة والرشوة يحرم أخذها وكذلك يحرم إعطاؤها.

الفرع الخامس: أجرة النائحة:

لا يجوز الاستئجار على النياحة والزمر والغناء؛ لأنها منافع محرمة، والنائحة هى التى تعدد محاسن الميت فيحرم عليها أخذ الأجرة كما يحرم إعطاؤها لها، والزامر وهو المطرب كالنائحة؛ لأنه إعانة على الحرام فهو حرام.

ولا شك فى أن دفع المال لينال به المرء خلاف ما شرعه الله من أقبح الأمور، لأنه مدفوع فى مقابلة أمر محظور، وربما كان المال المدفوع للبغى فى مقابلة الزنا بها من أشد

---

(١) نيل الأوطار جـ٥/ ١٦٣.
(٢) نيل الأوطار جـ٧/ ٢٠٤.
(٣) ابن عابدين جـ٥/ ٣٦٢.
(٤) فتح العلام، جـ٢/ ٣٢٠، وسبل السلام، جـ٤/ ٦٦٧.

المحظورات لمـا فيـها من الضرر على المـجتمع فـهو وسيلـة من وسائل اختـلاط الأنساب، وإلصاق العار بالمزنى بها وبأهلها وبذلك يتعدى ضرره إلى المجتمع بأسره فكان محرمًا.

مستثنيات هذه القاعدة:

قال السيوطى: ويستثنى صور[(١)]:

وهى: «الرشوة للحاكم، ليصل إلى حقـه، وفك الأسير وإعطاء شيء لمن يخاف هجوه، ولو خاف الوصى أن يستولى على المال فله أن يؤدى شيئًا ليخلصه، وللقاضى بذل المال على التولية، ويحرم على السلطان أخذه».

هذه صور خرجت عن القاعدة وأخذت حكمًا مخالفًا لحكم القاعدة، وفيها يحرم الأخذ، ولا يحرم الإعطاء، حـيث تعين الإعطاء طريـقًا للوصول إلى الحق، ولا طـريق سواه، فكان خروج هذه الصور لهدف نبيل وغرض مشروع لا لهوى أو منفعة دنيوية.

وبيان هذه الصور فيما يلى:

١ - الرشوة للوصول إلى الحق:

والأصل حرمـة أخذها وإعطائها ولكن إذا تعـينت طريقًا للوصول إلى الحق، فـلا يحرم الإعطاء دون الأخذ وعلى الآخـذ الإثم ويجب الرد؛ لأنه من أكل أموال الناس بالبـاطل، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**﴾ (النسـاء: ٢٩) والنهى للتحريم فيكون الإثم على الآخذ وبخـاصة إذا كان يـتعين عليـه القيام بإيصـال الحقوق إلـى أربابها كالقـضاة والولاة والموظفين وغيرهم، لما روى ابن مسعود قال: «إن الإثم على القابض دون الدافع»[(٢)] فيكون الفرع خارجًـا عن القاعدة، فإذا لم يجد المرء طريقا للوصلو إلى حـقه إلا بالرشوة فلا بأس بها، ولكن الأفضل له أن يصبر حتى لا يقع فى شبهة الحرام، وسوف ييسر الله له طريقًا آخر يصل به إلى حقه.

٢- فك الأسير:

فلو توقف فك الأسـير على دفع مـال للكفار، فهـو جائز للضـرورة ولأنه ارتكاب أخف الضررين. . . ولكن يحـرم أخذ الكفار لهذا المال لأنهم مـخاطبون بفروع الشـريعة، وهذا ما عليه الجمهور[(٣)].

---

(١) الأشباه، للسيوطى، ص١٦٧.

(٢) جريمة الرشوة ص٥٧.

(٣) حاشية العنقرى على الروض المربع جـ١/ ١٥٧.

فقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة لا من جهة كونها مفسدة بل لكونها إعانة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير، ولكن أخذ الكفار لمالنا حرام عليهم وجائز لنا لضرورة فك الأسير لقول الرسول ﷺ من حديث أبى موسى الأشعرى: «وأطعموا الجائع وفكوا العانى» أى الأسير، رواه البخارى وأحمد وهو عموم لكل عان مظلوم بغير حق عند كافر أو مؤمن(١).

٣- إعطاء شيء لمن يخاف هجوه:

الهجو ذكر مساوئ الرجل وعيوبه أو السب والعيب بالشعر، فإذا خاف إنسان من هجو إنسان آخر كأن يكون شاعرًا فيخاف هجاءه، فيجوز له دفع مال إليه؛ لأنه ارتكاب أخف الضررين، لما روى عن جابر بن زيد والشعبى قالا: «لا بأس بأن يصانع الرجل عن نفسه وماله» وعن الحسن قال: «لا بأس أن يعطى الرجل من ماله ما يصون به عرضه» وعن أبى الشعثاء قال: «لم نجد زمن زياد شيئًا أنفع لنا من الرشا» فهذا الذى رخص فيه السلف إنما هو من دفع الظلم عن نفسه بما يدفعه إلى من يريد ظلمه أو انتهاك عرضه لأن المحافظة على الشرف من المحافظة على النفس، وإذًا فلا بأس أن يعطى الرجل من ماله ما يصون به عرضه وشرفه أو يدفع به الظلم عن نفسه، ولكن الأخذ حرام، فيجب على الآخذ رد ما أخذه.

يقول ابن حزم تعقيبًا على جواز دفع المال للوصول إلى الحق أو دفع الضرر والظلم:

فإن قيل: لم أبحتم إعطاء المال لدفع الظلم والرسول ﷺ يقول: «لعن الله الراشى والمرتشى والرائش» وروى أبو هريرة قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إن جاء رجل يريد أخذ مالى، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلنى؟ قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلنى؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو فى النار».

والجواب: أن المعطى هنا ليس راشيًا، وإنما هو لضرورة دفع الظلم، وأما الخبر فى المقاتلة فهو لمن قدر على دفع الظلم، فإن قدر فلا يحل له إعطاء شيء ولو كان فلسًا فما فوقه فأما من عجز(٢) فهو معذور لقوله تعالى: ﴿**لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إلاَّ وُسْعَهَا**﴾ (البقرة: ٢٨٦) وقوله ﷺ من رواية مسلم «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»(٣) فسقط عنه فرض المقاتلة والدفاع، وصار فى حكم المكره على ما أعطى فى ذلك.

وقد قال ﷺ فيما رواه ابن ماجه: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».

---

(١) المحلى لابن حزم جـ٩/ ١٥٧.

(١) المحلى لابن حزم جـ٧/ ٣١٣.

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووى جـ١٥/ ١٠٩.

وفى نظرى أن الجواز يكون عند عجـز المرء عجزًا محققًـا عن الوصول إلى حقه أو دفع الضرر والظلم عن نفسـه بأن لم يجد جهة حكومـية أو غيرها تستطيع أن تنصـفه من ظالمه أو وجدها لكن لو التجأ إليها أصابه ضرر أكبر فحينئذ يجوز له ذلك[١].

٤ - إعطاء الغاصب شيئًا من مال الموصى عليه:

ومن الفروع المسـتثناة، أن يخاف الموصى على مـال الموصى عليه من استـيلاء غاصب على مال القاصر، فـيحق له أن يعطى الغاصب قسمًا من المال المغـصوب كى يسترده، وهذا المال الذى أخذه الغاصب حرام وممنوع، وأما إعطاؤه من الوصى لاسترداد المال فجائز[٢].

تعريف الوصية:

الوصية لغة جمع وصايا، وتطلق على فـعل الموصى، وعلى ما يوصى به من مال وغيره كأن يعهد إلى شخص فى حياته بالقيام على أولاده الصغار بالرعاية والحفظ بعد مماته.

والوصية بهذا المعنى تطلق على التبرع وعلى الـعهد، وفى الشرع: تصرف خاص مضاف لما بعـد الموت، والوصيـة من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته وسـميت وصيـة لأن الميت يصل بهـا ما كان فى حـياته بعـد ممـاته، وقوله فى التـعريف «تصـرف» يعم الوصية بـالمال والوصاية بالعهـد لمن يقوم من بعده على أطفاله ورد ودائعه وقـضاء ديونه، فإذا أوصى بشىء من ذلك لإنسان وخـاف على مال الموصى عليـه من غاصب فله دفع بعض مـاله لإنقاذ باقى المال، وهذا مقيد بما إذا عجز الوصى عن تخليص المال من يد الغاصب إلا بهذا ومن ثم فلا يحرم الإعطاء للضرورة ولكن يحرم الأخذ، فـيجب على الغاصب رد ما أخذه[٣]، لأنه أكـل أموال الناس بالباطل وهو منهى عنه بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ (النساء: ٢٩).

٥- بذل المال لتولى القضاء:

والتولية هى قبول الولاية... وحكم ولاية القضاء فرض كفاية ويجب القبول إذ لم يوجد غيره، فإن وجد من يصلح له معه فيسن، إلا إذا خاف من نفسه عدم العدل فيحرم، وإذا تعين عليه القضاء ولم يستطع الوصول إليه إلا بدفع مال دفعه وإثم ذلك على الآخذ.

قال ابن عابدين نقلاً عن صاحب البحر ولم أر حكم ما إذا تعين عليه القضاء ولم يول إلا بمال هل يحل بذله؟ وينبغى أن يحل بذله للمال كما يحل طلبه.

---

(١) جريمة الرشوة فى الشـريعة الإسلامية مع دراسة مكافـحة الرشوة فى المملكة العربية السـعودية للدكتور عبد الله بن عبد المحسن الطريقى ص٥٧.

(٢) انظر: درر الحكام ص٣٩.

(٣) جريمة الرشوة ص٥٧.

وقول بعضهم: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيًا، مردود عليه بأنه إذا طلب القضاء خرج من عهدة الوجوب بالسؤال فإذا منعه السلطان أثم بالمنع؛ لأنه إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين[١].

وإنما جاز بذل المال لتولى القضاء لأنه ولاية عامة فيها مصلحة فوجب بذل المال للقيام بتلك المصلحة العامة، وفيه أيضًا: دفع الضرر عن الناس، والضرر الأخف يحتمل لدفع الضرر الأعظم ولكن الأخذ حرام فيجب على الآخذ رده[٢].

قال السيوطى: يقرب من هذه القاعدة قاعدة «ما حرم فعله حرم طلبه».

معنى القاعدة:

هذه القاعدة يفهم منها أن كل شىء يحرم على الإنسان فعله يحرم عليه طلبه من الغير فالسرقة حرام فلا يجوز أن يسرق ولا أن يطلب السرقة من غيره، وكل شىء يكون إجراؤه حرامًا فطلب إيقاعه حرام كالكذب وشهادة الزور وظلم الناس وسائر الأفعال المنهى عن فعلها.

قال الشاعر:

لا تنه عن خلق وتأتى مثله   عار عليك إذا فعلت عظيم

ولكن يجوز ذلك فى مسألتين:

١ - إذا ادعى دعوى صادقة، فأنكر الغريم:

الدعوى - بالقصر - تكون فى القضاء، وأما الدعوة - بالتاء المربوطة - فتكون فى غير القضاء كالدعوة إلى وليمة، وإن كان المدلول اللغوى لا يفرق بينهما لأن الفعل فى كل منهما واحد وهو دعى، والفرق بينهما فى الاصطلاح، والمراد بالدعوى هنا الدعوى القضائية وهى طلب الحكم أمام القضاء، وفى الحديث: «لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر»[٣].

فلو ادعى على خصمه دعوى وكان صادقًا فى دعواه، فأنكر عليه الغريم وهو يعلم من نفسه أنه كاذب فى إنكاره فمقتضى القاعدة أنه يحرم على المدعى تحليفه، لأن ما حرم فعله وهو الكذب يحرم طلبه؛ لأنه حَمْلٌ على الكذب والحمل على الكذب حرام... ولكن استثنى

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار جـ٤/ ٣٠٦.

(٢) حاشية البجيرمى على الخطيب جـ٤/ ٣١٨.

(٣) هذا الحديث مروى عن ابن عباس فى الصحيحين، انظر التلخيص فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير جـ٤/ ٢٠٨.

تحليفه فى هذه الحالة فيجوز تحليف ذلك الشخص المستعد لحلف اليمين استثناء من القاعدة عملاً بالنـص فى قوله ﷺ: «البينة على المدعى واليـمين على من أنكر»[1] وهذا مـنكـر للحق، ولأن ضياع الحق مفسدة أشد من مفسدة الكذب؛ ولأن اليمين قد تعين طريقًا للوصول إلى الحق، والوصول للحق واجب، وكل ما يؤدى إلى الواجب فهو واجب.

وخلاصة ذلك أنه يجوز تحليفه لما يأتى:

١- لقوله ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» وهذا منكر.

٢- أن ضياع الحق مفسدة أشد من مفسدة الكذب.

٣- أن اليمين تعين طريقًـا للوصول إلى الحق والوصول للحق واجب وكل ما يؤدى إلى الواجب فهو واجب.

والغـريم يطلق تارة على المـدين، وتارة على الدائن صاحـب الحق فهـو من مسـميـات الأضداد، والجمع غرماء[2].

٢- الجزية:

الجزية: هى مـا يؤخذ من أهل الذمـة وسميت بذلك لأنهـا تجزى عن القـتل، أو لأنها خلف أو عوض عن النصرة التى فاتت بإصرار الـمتأبى على الكفر وهو فى دار الإسلام، وكل من كان فى دار الإسـلام فعليه القيـام بنصرة الدار، وقد لا يصلحون لذلك، وربمـا مالوا إلى الأعداء فيؤخذ منهم المال ليصرف إلى الغزاة الذين يقومون بنصرة الدار، ومن ثم فيجوز طلب الجزية من الذمى مع أنه يحرم إعطاؤها؛ لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام، فيكون إعطاؤه فى نظير اسـتمراره على الكـفر وهو حرام، وكان مـقتضى الـقاعدة: عدم طـلب الجزية منه، ولكن خـرجت هذه المسـألة عن القـاعدة لأن الجـزية إنما تدفع نـظير تمـتع الذمى بحقـوق المقيمين على أرض الدولة، والقرآن الكريم طلب منا أخذها بقوله تعالى: ﴿ **حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ** ﴾ (التوبة: ٢٩) وجاءت السنة الشريفة مؤكـدة لما جاء به القرآن، فشرعت الجزية لذلك، ونحن لا نأخذها منهم لكى يستـمروا على الكفر كما هو الظاهر، ولكن لأنهم أبوا الدخول فى الإسلام فأجبروا على دفع الجزية ليفكروا فيما جاءت به الشريعة أو أنها ضريبة تدفع فى مقابل الزكاة التى يدفعها المسلم.

فثبت بذلك أن دفع الجزية وسيلة من وسـائل الدخول فى الإسلام، ولتأمين أهل الكتاب والدفاع عنهم وحمايتـهم وتمتعم بحقوق المقيمـين على أرض الدولة، وتؤخذ الجزية بحلول

(١) ورواه ابن عباس بلفظ: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» المرجع السابق.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطى ص١٦٧.

الحول، وتقدم بحسب اجتهاد الإمام مراعيًا فيها العدالة، ثم تضاف إلى حصيلة الموارد الأخرى لبيت المال لتستخدم كوسيلة من وسائل الإنفاق العام، خاصة وأن أموال الجزية ليست ذات مصرف محدد، بل متروك إنفاقها لتقدير ولى الأمر بما يحقق المصلحة العامة للمسلمين وهى على الرجال دون النساء الأطفال.

* * *

القاعدة الحادية عشرة: المشغول لا يشغل

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الشيء الذى شغل بأمر من الأمور لا يقبل أن يشغل بأمر آخر، لأنه سبق شغله بالأول فلا يشغل بغيره لأن المشغول لا يشغل.

وعلى هذا فإن المحل الذى ارتبط به عقد من العقود، لا يتأتى أن يشغل بعقد آخر.

والمراد بمحل العقد: ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه آثاره وأحكامه.

والعقود نوعان:

إما أن ترتبط بالأعيان، وإما أن ترتبط بالمنافع.

والمراد بالمنافع ما يشمل ملك المنفعة وحق الانتفاع، أما ملك المنفعة فهو الاختصاص الذى يُكسِب صاحبه الانتفاع بنفسه، ويكون له أن يأذن لغيره فى الانتفاع بعوض أو بغير عوض كالعين المستأجرة، وأما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة فى الانتفاع بالعين حاءت نتيجة إذن عام أو خاص كحق الانتفاع بالمنافع العامة ومنها الطرق والمدارس والمصحات، وغيرها، ومنها أن يأذن شخص لآخر بركوب سيارته، فالمأذون له بالانتفاع لا يعتبر مالكًا للمنفعة ومن ثم فلا يجوز له أن يملكها لغيره، وكذلك العارية، فليس للمستعير إلا حق المنفعة بالعين المستعارة فله أن ينتفع بنفسه دون غيره.

فإذا شغل المحل بعقد من العقود، سواء كان العقد واردًا على عين أو على منفعة فلا يشغل بآخر؛ لأن المشغول لا يشغل.

دليل القاعدة:

هذه القاعدة لا تحتاج إلى دليل؛ لأنها من البديهيات التى تدرك بالحواس، ومعلوم أن الأشياء التى يدركها الحس لا تحتاج إلى دليل، فالكوب المملوء بالماء لا يمكن أن يملأ بالشربات، وهذا لا يحتاج إلى استدلال.

فروع القاعدة:

من أهم فروع هذه القاعدة ما يلى:

الفرع الأول: الرهن:

قال السيوطى: ولهذا لو رهن رهنًا بدين ثم رهنه بآخر لم يجز فى الجديد[١].

الرهن هو جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر الوفاء[٢]، فلو رهن شخص عينًا فى نظير دين عليه ثم رهنها بدين مرة أخرى ولو للأول لم يجز فى الجديد من مذهب الشافعى؛ لأنه بالرهن الأول أصبحت العين مشغولة فلا تقبل أن تشغل برهن مرة أخرى مطلقًا لأن المشغول لا يشغل.

وأما فى المذهب القديم فيجور أن ترهن العين الواحدة فى نظير دينين إذا كانت قيمة العين تزيد على قيمة الدينين أو تساويهما؛ لأن هذا من قبيل شغل الفراغ.

أما الأولى فهى من شغل المشغول، وشغل الفارغ جائز عكس شغل المشغول فلا يجوز.

ولهذا قال فى مغنى المحتاج: «والزيادة فى الرهن شغل فارغ فيصح»[٣].

والعلة فى عدم الجواز فى الجديد، أن العين المرهونة سوف تباع عند عدم الوفاء، ليستوفى منها الدين الأول، فلو أعطيناها رهنًا لدين آخر لأدى هذا إلى تعذر الوفاء فيكون ذلك من باب شغل مشغول ولو حكمًا.

الفرع الثانى: الإحرام بالعمرة فى أيام التشريق:

قال السيوطى: لا يجوز للعاكف بمنى أن يحرم بالعمرة لانشغاله بالرمى والمبيت[٤]؛ لأن هذا من قبيل شغل المشغول، فلو أن شخصًا أحرم بالحج ثم ذهب إلى منى للرمى والمبيت، فليس له أن يحرم بالعمرة لانشغاله بأداء واجبات الحج ويظل هكذا حتى تنتهى أيام التشريق.

الفرع الثالث: إيراد عقدين على عين فى محل واحد[٥]:

فإذا ورد عقدان على عين فى محل واحد مع اتحاد المورد كأن باع شخص داره لآخر ثم باعها ثانيًا فلا يجوز البيع الثانى لأن العين أصبحت مشغولة بعقد البيع الأول والمشغول لا يشغل.

أما إن اختلف المورد: كما لو أجرها ثم باعها فيجوز؛ لأن العين بها موردان الأول بيع

---

(١) الأشباه للسيوطى، ص١٦٧.

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهاج، للشيخ زكريا الأنصارى، جـ٢/ ١٢٧.

(٣) مغنى المحتاج جـ٢/ ١٢٨.

(٤) السيوطى ص١٦٧.

(٥) المرجع السابق، ص١٦٧.

وهو واقع على ذات المبيع، والثانى إجارة وهى واقعة على المنفعة، والعقد توافق إرادتين على أمر خاص.

وينبغى أن يعلم أن إيراد العقد على العقد ضربان[١]:

الأول: أن يكون الثانى قد صدر من البائع قبل لزوم العقد الأول، وقبل تمامه: فالعقد الثانى يعتبر فسخًا للأول لأن البائع إذا باع المبيع فى زمن الخيار كان هذا عدولاً عن البيع الأول، وكذا لو أجره.

أما إذا صدر العقد الثانى من المشترى بعد قبض المبيع، فتصرفه دليل على إمضائه للعقد الأول، فإذا باع العين المشتراة بعد قبضها، فهذا معناه أنه أمضى العقد الأول ورضى به.

الثانى: أن يرد العقد الثانى بعد لزوم الأول، وهو ضربان:

الضرب الأول: أن يكون مع غير العاقد الأول، فإن كان فيه إبطال لحق الأول فهو لغو لأنه ورد على محل مشغول بعقد سابق والمشغول لا يشغل فيصح الأول ويلغو الثانى ومن ثم فلا يترتب عليه أثر، فلو[٢] رهن داره ثم باعها بغير إذن المرتهن أو أجرها مدة يحل فيها أجل الدين قبل انتهاء عقد الإجارة فإن العقد الثانى يبطل لأن فيه شغل مشغول، والمشغول لا يشغل وهو غير جائز.

فإن أذن له المرتهن فالبيع صحيح لأنه يملك التنازل عن الدين فيملك من باب أولى أن يأذن فى بيع العين المرهونة أو إجارتها.

وإن لم يكن فى إيراد العقد الثانى إبطال للأول صح هذا العقد لعدم الضرر كما لو أجر داره ثم باعها لآخر، فإنه يصح لأن البيع يرد على العين، والإجارة ترد على المنفعة وإذا اختلف المورد صح التصرف.

الضرب الثانى: أن يكون العقد الثانى مع العاقد الأول.

فإذا اختلف المورد، صح العقد الثانى قطعًا بعد لزوم الأول، ومثاله أن يؤجر داره لشخص ثم يبيعها له فلا تنفسخ الإجارة فى الأصح بعقد البيع الذى طرأ عليها، والعلة فى ذلك: أنه عندما اشترى العين المؤجرة اشتراها وهو يعلم أنها مسلوبة المنفعة فلا تنفسخ الإجارة بل يظل عقد الإجارة مستمرًا، ويلزمه دفع الأجرة عن بقية المدة المتفق عليها لنهاية الإجارة، فالملك لا ينافى الإجارة[٣].

---

(١) الأشباه للسيوطى ص١٦٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٦٨.

(٣) مغنى المحتاج جـ٢/ ٣٦٠.

ومـقابل الأصح تـنفسخ الإجـارة؛ لأن المنفـعـة تابعة للـعين، ولا يمكن فـصلهـا عن الرقبة[١]، وعليه فلا يستحق البائع أجرة المدة الباقية.

ويرد على مقابل الأصح: بأن البـائع وقت البيع لم يكن مالكًا للمنفعـة لأنها خرجت عن ملكه بعقد الإجارة، وبما أن عقد البيع لا ينافى عقـد الإجارة ولا يلغيه فيستحق البائع الأجرة عن المدة الباقية له فى عقد الإجارة، ولا تسقط إلا بالاتفاق على ذلك.

الأثر المترتب على هذا الخلاف:

يترتب على هذا الخلاف لزوم دفع الأجـرة عن المدة المبقية من عـقد الإجارة بعد ورود عقد البيع عليها على القول الأصح وعلى مقابل الأصح لا يدفعها لأن ملك المنفعة تابع لملك الرقبة فتؤول ملكية المنفعة إليه وينفسخ عقد الإجارة بعقد البيع.

الفرع الثانى: رهنه دراً ثم أجرها منه:

قـال السـيـوطى: «ولـو رهنه دارًا ثم أجـرها منه: جـاز، ولا يبـطل الرهن، وجـزم به الرافعى»[٢].

هذا الفرع من صور ورود عقـد الإجارة على عقد الرهن ومورد العقـدين مختلف فالرهن متعلق بالعين والإجارة متعلقة بالمنفعة وهما موردان مختلفان، فإذا رهن شخص داره لآخر فى نظير دين عليه ثم أجرها منه المرتهن جاز له ذلك ولا يبطل الرهن وبه جزم الرافعى لاختلاف المورد لأن أحدهما وارد على العين وهو الرهن والثـانى وارد على المنفعة وهو عقد الإجارة، وهذا لا خلاف فيه.

وإنما الخلاف فيمـا إذا اتحد المورد، كأن يستأجر زوجته لإرضـاع ولده، ففيه خلاف فى المذهب بين القديم والجديد، فقال العراقـيون: لا يجوز عقد الإجارة على الزوجة لأن الزوج يستحق الانتفـاع بها فى تلك المدة، فلا يجوز له أن يعـقد عليها عقدًا آخر يمنـع الانتفاع بها لأنها مشغولة بحقه والمشغول لا يشغل وهذا مقابل الأصح.

والأصح أنه يجوز، ويكـون الاستـئـجار من حين يتـرك الاستمـتاع، فـيكون الاستـئـجار للإرضاع واردًا على الزمن الذى لا يريد الاستمتاع فيـه بالزوجة وبذلك يكون المورد مختلفًا، وحيث اخـتلف المورد صح العـقد الثانى وهـو عقد الاسـتئجـار للإرضاع مع عـقد النكاح، فالأصح خارج عن القاعدة.

---

(١) المرجع السابق جـ٢/ ٣٦٠.
(٢) الأشباه للسيوطى ص١٦٨.

الفرع الثالث: استئجار إنسان للخدمة:

قال السيوطى: «ولو استأجر إنسانًا للخدمة شهرًا، لم يجز أن يستأجره تلك المدة لخياطة ثوب، أو عمل آخر، ذكره الرافعى فى النفقات»[١].

فلو ورد عقدان على مورد واحد كأن يستأجر رجل شخصًا للخدمة شهرًا فهل يجوز له أن يستأجره مرة ثانية فى نفس المدة لخياطة ثوب أو لزراعة أرض؟ قال العلماء: لا يجوز إذا كان العقد الأول لم يتناول الخياطة أو الزراعة؛ لأنه مشغول بالعقد الأول فلا يصح شغله بالثانى عملاً بقاعدة: المشغول لا يشغل.

«قال الزركشى: ومنه يؤخذ امتناع استئجار العكامين للحج»[٢] وهم الحمالون الذين يحملون أمتعة الحجاج بالأجرة فهؤلاء لا يجوز لأحد أن يستأجر واحدًا منهم ليحج عن الميت؛ لأن مورد العقدين واحد؛ ولأنه مشغول مدة أداء الحج بحمل أمتعة الحجاج، والمشغول لا يشغل بخلاف شغل الفارغ.

فالزركشى اعتبره من قبيل شغل المشغول ورتب عليه عدم الجواز، والواقع غير هذا بل من قبيل شغل الفارغ؛ لأنه يمكنه أن يؤدى أعمال الحج فى غير وقت انشغاله بالحمل، وهذه المسألة نظير استئجار الزوج زوجته لإرضاع ولده؛ لأنه ليس فى كل الأوقات مشغولاً.

* * *

القاعدة الثانية عشرة: من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه[٣]

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن من تعجل شيئًا قبل وقته المقدر له فى علم الله تعالى عوقب بالحرمان منه حتى لا يلجأ أحدٌ إلى وسائل غير مشروعة تعجلاً منه للحصول على ما هو مستحق له قبل أوانه، فإن فعل ذلك استعجالاً لحقه قبل الوقت المحدد له فى تقدير الله، فإن الشرع يعامله بنقيض مقصوده، فيوجب حرمانه جزاء فعله واستعجاله، ولأنه من قبيل التقديم وعدم التسليم وهو منهى عنه لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ**﴾ (الحجرات: ١).

كما أنه سوء أدب مع الله تعالى، وقد ذكر الإمام البخارى فى سبب نزول هذه الآية الكريمة أنها نزلت فى قوم ذبحوا أضحيتهم قبل أن يصلى رسول الله، فأمرهم أن يعيدوا الذبح

(١) المرجع السابق ص١٦٨.
(٢) الأشباه للسيوطى ص١٦٨.
(٣) السيوطى ص١٦٩.

حيث إنهم استعجلوا الذبح قبل وقته المحدد له شرعًا فكان لغوًا؛ لأن كل عبادة مؤقتة بميقات لا يجوز تقديمها ولا تأخيرها عليه[(١)].

وقد عبر السبكى عن هذه القاعدة فقال: «ما ربط به الشارع حكمًا فعمد المكلف إلى استعجاله لينال الحكم، فهل يفوت عليه معاملة له بنقيض مقصوده أو لا لوجود الأمر الذى علق الشارع الحكم به؟» وعبر عنها غيره بقوله: «ومن استعمل ما أخره الشرع يجازى برده»[(٢)] وقال ابن رجب: «من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه»[(٣)].

مكانة هذه القاعدة:

هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية فى القمع وسد الذرائع، وهو مبدأ معمول به فى الشريعة، قال تعالى: ﴿ **وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ** ﴾ (النور: ٣١) وقال سبحانه: ﴿ **وَلَمَّا رَأَى الْمُؤْمِنُونَ الأَحْزَابَ قَالُوا هَذَا مَا وَعَدَنَا اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَصَدَقَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَمَا زَادَهُمْ إِلاَّ إِيمَانًا وَتَسْلِيمًا** ﴾ (الأحزاب: ٢٢).

ومن حكمة الله سبحانه وتعالى، أنه إذا حرم شيئًا وله طرق ووسائل تفضى إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها خشية أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضًا للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تأبى ذلك كل الإباء.

بل سياسة الملوك فى الدنيا تأبى ذلك فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شىء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه فإنه يعد متناقضًا، ويحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده.

وكذلك الأطباء، إذا أرادوا حسم الداء، منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التى هى فى أعلى

---

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبى جـ١٦/ ٣٠٠.

(٢) الأشباه، لابن السبكى جـ١/ ١٧٨، ودرر الحكام لحيدر أباد ص٨٧.

(٣) قواعد ابن رجب القاعدة ١٠٢ ص٣٣٠.

درجات الحكمة والمصلحة والكمال[١]، لا شك أنها عملت على سد الذرائع المفضية إلى المحارم ونهت عنها وحرمتها.

فروع القاعدة:

ذكر السيوطى لهذه القاعدة فروعًا وبيانها فيما يلى:

الفرع الأول: تخليل الخمر:

قال السيوطى رحمه الله: «إذا خللت الخمرة بطرح شىء فيها لم تطهر» فالخمر لا يجوز تخليلها، ولا تطهر بالتخليل، إذا خللها بوضع شىء فيها، أما إذا كان التخليل بالنقل من الشمس إلى الظل أو نحو ذلك فأصح وجه عند الشافعية أنها تحل وتطهر.

وقال الأوزاعى وأبو حنيفة: تطهر إذا خللت بإلقاء شىء فيها.

وعند مالك ثلاث روايات أصحها أن التخليل حرام فلو خللها عصى وطهرت، والراجح من هذه الأقوال أن الخمر لا تطهر بالتخليل وإنما لم تطهر بالتخليل لأنه استعجل شيئًا قبل أوانه فعوقب بالحرمان.

فقوله: (خللت) أى صارت خلاّ بالصنعة وأما (تخللت) أى صارت خلاّ بنفسها، وإذا صارت الخمر خلاّ بنفسها طهرت، أما إذا صارت خلاّ بالصنعة فلا تطهر فقد سئل النبى ﷺ: أتتخذ الخمر خلاّ؟ قال: لا[٢].

وسميت بذلك لأنها تخمر العقل أى تغطيه، ومن ذلك خمار المرأة التى تستر به رأسها، والخمر تذكر وتؤنث وتذكيرها أفصح وهى نجسة باتفاق[٣]، والعلة فى تحريمها المفاسد الكثيرة المترتبة على زوال العقل الذى هو مناط التكليف.

الفرع الثانى: ذبح الحمار:

قال السيوطى: ونظيره: إذا ذبح الحمار ليؤخذ جلده لم يجز كما جزم به فى الروضة[٤].

فإذا ذبح رجلٌ حمارًا ليأخذ جلده فلا يجوز له ذلك وإذا دبغه فإن جلده لا يطهر؛ لأنه استعجل موت الحمار قبل موعده المحدد له فى علم الله وتقديره، وهذا بالنسبة للحمار الأهلى، فإن من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه، أما الحمار الوحشى فإنه يطهر بالدباغ؛ لأنه يؤكل ويذبح كما تذبح الأنعام.

---

(١) أصول الفقه، للبرديسى، ص٣٥٢.

(٢) رواه أحمد والدارقطنى انظر: نيل الأوطار جـ٨/ ٢١١.

(٣) المغنى، لابن قدامة جـ١/ ٧٢.

(٤) الأشباه للسيوطى، ص١٦٩.

والشيء الذى استعجله قبل أوانه هو الذبح، إذ أن الذبح كان استعجالاً لموت الحمار قبل أوانه، وأما الشيء الذى عوقب بحرمانه فهو عدم طهارة الجلد بالدباغ.

وهناك رأى آخر يرى جواز الذبح، وأنه إذا ذبح الحمـار ودبغ جلده طهر لأن القول بعدم طهارته مخالف لما ورد فى حديث ميمونة «دباغ الأديم طهوره» وفى حديث آخر: «أيما إهاب دبغ فـقد طهـر» وهو حديث حـسن صحـيح[١]، والإهاب الجلد قـبل الدبغ، قـال الإمـام الشوكانى: فـالحق أن الدباغ مطهر والأحاديث تدل على عدم اخـتصاص هذا الحكم بنوع من أنواع الميـتة فجـميع جلود الميـتة تطهر بالدباغ إلا الكلـب والخنزير والمتولد من أحـدهما، ويطهر الجلد بالدباغ ظاهراً وباطنًا ويجوز استعماله فى الأشياء اليابسة والمائية عند الجمهور[٢] ولأن نجاسة جلد الميتة طـارئة فتزول بالمعالجة[٣]، وعلى القول بطهـارة الجلد بالدباغ يكون الفرع مستثنى من القاعدة وهو ما صـرح به القمولى فى الجواهر حيث قال بطهارته استنادًا إلى الحديث المتقدم حيث ورد عامًا.

الفرع الثالث: حرمان القاتل الإرث:

قال السيوطى: «ومنهـا حرمان القاتل الإرث»[٤] فالقاتل لا يرث لأنه اسـتعجل إرثه من المورث قبـل أوانه، فيعاقب بالحـرامان، فلا يكون وارثًا للمورث لقـوله ﷺ: «ليس لقاتل شيء» وقوله ﷺ: «من قتل قتيـلاً فإنه لا يرثه، وإن لم يكن له وارث غيره، وإن كان والده أو ولده، فليس لقاتل ميراث»[٥].

وقد اختلف الفقهاء فى القتل المانع من الميراث:

١- فيرى الحنفية أن القتل يمنع من الميراث بشرطين:

الأول: أن يكون القتل مباشراً.

الثانى: أن يكون بغير حق، وإلا فلا يمنع من الميراث.

ويرد عليهم: بأن القتل يمنع مطلقًا وقوفًا مع النص سدًا للذريعة.

٢- وأما المالكية فيقولون: يمنع القتل من الميراث، إذا كان عمدًا عداونًا، أما الخطأ فلا يمنع، وكذلك القتل بحق.

---

(١) التلخيص للإمام الحافظ ابن حجر جـ١/ ٤٦.

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ/ ٧٦، ٧٧ بتصرف.

(٣) حاشية الروض المربع، جـ١/ ١١٠.

(٤) الأشباه للسيوطى ص١٦٩.

(٥) رواه أحمد فى مسنده والبـيهقى فى سننه وفى إسناده عمرو بن برق وهو ضعيف، شـرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار جـ٦/ ٨٥.

٣- ويرى الشافعية أن القتل يمنع من الميراث مطلقًا سدًا للذريعة؛ ولأننا لو جوزنا ذلك لأدى إلى قتل أنفس كثيرة لميراث ما وراءها من المال، ولحديث الرسول ﷺ: «لا يرث القاتل شيئًا»[1] وهو يفيد العموم.

وهذا الفرع مرتبط بالقاعدة، وعليه فلو قتل وارث مورثه مستعجلاً الإرث فإنه يحرم من الميراث سواء كان متهمًا أو غير متهم لأن الدين الإسلامى لو أجاز إرث القاتل؛ لقتل الأبناء الآباء فكان منع القاتل من الميراث سدًا لذريعة الفساد ومعاملة للقاتل بنقيض مقصوده الفاسد، فلا يرث القاتل من المقتول شيئًا.

ومن الفروع التى تدخل تحت هذه القاعدة:

١- لو طلق رجل امرأته ثلاثًا بغير رضاها ـ فى مرض موته ـ قاصدًا حرمانها من الإرث، ومات فى العدة فإنها ترثه، وفى قول إنها ترث حتى ولو مات بعد انقضاء عدتها.

٢- ومثل ذلك: الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو إخراجه عن ملكه، إذ تجب عليه الزكاة معاملة له بنقيض قصده.

٣- وكذا، لو وضع أكثر أمواله فى ملك ما لا زكاة فيه، كالعقار والحلى عند من يقول بعدم وجوب الزكاة فيه فهو ينزل منزلة الفار فى أحد الوجهين عند الحنابلة[2].

٤- ومنها: الغال من الغنيمة يحرم أسهمه منها على قول.

٥- ومنها: من تزوج امرأة فى عدتها من غيره حرمت عليه على التأبيد على رواية.

٦- ومنها: من ثبت عليه الرشوة لغرض ما فهو يحرم منه عقوبة له.

٧- ومنها: السكران بشرب الخمر عمدًا يجعل كالصاحى فى أقواله وأفعاله تغليظًا عليه، فإذا قتل يقتل وإذا سرق يقام عليه الحد وهكذا.

مستثنيات القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة عدة صور لمدرك خاص وفيها يكون المكلف قد استعجل شيئًا قبل أوانه ومع هذا فلا يعاقب بالحرمان.

ومن أهم هذه الصور ما يلى:

١- لو قتل صاحب الدين المدين حل فى الأصح، لأن الدين يحل بموت المدين، فإذا مات انقطع الأجل وحل الدين فيكون له فى هذه الحالة حق مطالبة الورثة بالدين؛ لأن ذمة

---

(١) رواه الدارقطنى وفى إسناده كثير بن سليم وهو ضعيف، يراجع التلخيص الحبير جـ٣/ ٨٥.

(٢) حاشية النجدى على الروض المربع جـ٣/ ١٧٨.

المدين خربت بالموت وانعدمت ولايتهم بتـعجيله الدين بقتل المدين، وهذا فى أصح القولين فى المذهب الشافعى[1].

أما مقابل الأصح فلا يحل بقتل المـدين؛ لأن الأجل من لواحق عقد البيع، وتأجيل دفع الثمن لأجل الارتفاق بالمدين فيبقى مؤجلاً حتى بعد موته، لأجل الارتفاق بالورثة.

ويرد على هذا بأن الأجل كان للارتفاق لوجود ذات قائمة صالحة للالتزام فى الذمة، وقد انعدمت بالموت، فأصبح الدين حالاً، فحق له مطالبة الورثة.

ومع هذا فـإن مقابل الأصح هو الأقـرب إلى روح التشـريع فيكون العـمل به أولى، بل أوجب لئـلا تضيع الحـقوق وتهـدر النفوس، ومن ثم فـلا يحل الأجل بل ينتفع الورثة بـهذا الأجل الذى كان مقرراً للمدين أن ينتفع به، فإن من استـعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه، فيعامل الدائن المتعجل بنقيض مقصوده.

٢- لو قتل الموصى له الموصى: استحق به فى الأصح.

وهذا على خـلاف مقتـضى القاعـدة، مع أنه قتل الموصـى استعـجالاً للوصـول إلى ما يستحقه بالوصيـة فكان مقتضى القاعدة حرمانه من الوصية؛ لأنها مال مـستحق بالموت فيمنع القتل منه كـالميـراث، ومع هذا استحق الوصـية فى الأصح، لقيـام الأدلة الشرعـية على أن المـوصى له يملك الوصيـة بمـوت الموصى، فـالموت سـبب فى دخـول الوصيـة فى ملك الموصى له، فإذا وجد السبب تحقق المسبب، ولا عـبرة بنوع تحقق السبب، فتدخل الوصية فى ذمة الموصى له بالموت مطلقًا؛ ولأنها تمليك بعقد[2] فأشبهت الهبة وخالفت الإرث، إذ أن الإرث ينتقـل إلى المورث دون توقف على عـقد، ومن ثم فلا يشـترط رضـا المورث ولا قبوله بل يدخل فى ملكه رغمًا عنه.

ومقابل الأصح يمنع من ذلك، فلا يستحق الموصى به، إجـراء للوصية مجرى الميراث؛ لأن كلاّ منهما مال يستحق بالموت، فكان القتل مـانعًا من الوصية فلا يستحق شيئًا، وهذا هو المعقـول الذى يتفق مع مبدأ سـد الذرائع، والأخذ به يمنع القتل والقاعـدة تؤيد ذلك فيكون الفرع من القاعدة.

ويرد عليه: بأن هذا قـياس مع الفارق لأن التمـليك بالميراث قهـرى أما فى الوصية فـهو اختيارى وهذا فرق، فلا يكون الفرع من القاعدة.

---

(١) الأشبـاه للسـيوطـى ص١٧٠، ودرر الحكام ص٨٧، والمنشور للزركـشى جـ٣، ص١٨٣، وإيضـاح المسالك ص٣٢١.

(٢) مغنى المحتاج جـ٣/ ٤٣.

الوصية لمن يقتله:

إذا أوصى شخص لمن يقتله، فالوصية باطلة، ولا تنفذ شرعًا؛ لأنها غير مشروعة؛ ولأن الغرض من الوصية القربة وتدارك ما فات من الطاعات، والقتل من الكبائر والفساد فى الأرض، ولا تجتمع الطاعة والمعصية، ولو صحت الوصية للقاتل لكان فيه تشجيع على ارتكاب المعاصى والإعانة عليها وذلك لا يتفق مع الوصية لأن من شروطها ألا تكون بمحرم، وأما الوصية للكافر، فهى صحيحة؛ لأنها وصية لإنسان والكفر لا ينافيها لأن القصد إحياء النفس الإنسانية، ولقوله ﷺ: «فى كل كبد رطبة أجر»[1] ولأنه يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع فجازت له الوصية[2].

وكذلك تصح الوصية للمرتد مثل الكافر وتكون موقوفة، فإن عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات على ردته بطلت ولا يخالف هذا اشتراط ألا تكون الوصية بمحرم، لأن القصد منها الشخص من حيث هو نفس إنسانية، قال تعالى: ﴿ **مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ** ﴾ (المائدة: ٣٢).

٣- أمسك زوجته مسيئًا عشرتها؛ لأجل إرثها ورثها فى الأصح، أو لأجل الخلع، نفذ فى الأصح.

فلو تزوج إنسان امرأة غنية وأساء عشرتها قاصدًا موتها ثم ماتت فمقتضى القاعدة أنه لا يرث منها شيئًا، ولكنه يرثها فى الأصح، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة، وكذلك الخلع ينفذ فى الأصح.

ومقابل الأصح، لا يرث لأنه يصدق عليه أنه قاتل والقاتل لا يرث تمشيًا مع القاعدة، ولا ينفذ الخلع؛ لأنها لم تخالعه اختيارًا بل إكراهًا وجبرًا عنها بسبب سوء عشرتها، وعليه فالفرع داخل مع القاعدة فى كلتا الحالتين.

ويرى أستاذنا الشيخ جاد الرب أن هذا الفرع لا يدخل أصلاً تحت هذه القاعدة، فيكون عده من فروعها غير صحيح؛ لأن سوء العشرة لا يؤدى إلى الموت حتمًا ولا يقينا ولا ظنّا، بل احتمالى والاحتمالات لا تبنى عليها الأحكام؛ لأن الأحكام تبنى على اليقين.

وعليه فالاستعجال المترتب عليه الحرمان يكون فى الأمر الحتمى المتيقن الذى يكون سببًا قويّا فى الموت، وإساءة العشرة ليست من هذا القبيل بل هى أمر احتمالى قد يكون فيه

(١) رواه أحمد عن سراقة بن مالك بلفظ: «فى كل ذات كبد حراء أجر» نيل الأوطار جـ٧/ ٥.

(٢) المهذب للشيرازى جـ١/ ٤٥١، وروضة الطالبين جـ٦/ ١٥٧.

الموت، وقد لا يكون، ومن ثم يكون هذا الفرع ليس من القاعدة فى شىء فضلاً عن أن يكون قد خرج وأخذ حكمًا غـير حكمها، فالزوجة هنا قد ماتت موتًا طبيـعيًا وعليه فالزوج لا يمنع من ميراثهـا، وكذلك ينفذ الخلع لأن إساءة العـشرة لا تؤدى إلى الخلع، فبإمكانهـا أن تصبر على أذاه وتفوت عليه مقصوده.

٤- **شربت دواء فحاضت:** لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعًا، وكذا لو نفست به.

والحكم الأصلى أن الحائض تقضى الصوم، ولا تقضى الصلاة، فإذا شربت المرأة الدواء لتحيض قـبل الأوان لكى لا تصلى، فمقـتضى القاعدة أنهـا تقضى الصلاة؛ لأنها اسـتعجلت نزول الدم قبل أوانه ولكن لا يـجيب عليهـا قضاء الصـلاة قطعًا، وكذلك لو نفـست به وكان مقتضى القاعدة أن تعامل بنقيض مقصودها فيلزمها القضاء لأنها استعجلت نزول الدم قبل أوانه ومع هذا فلا قضـاء عليها؛ وعليه فـلا يكون الفرع من القاعدة لأن عدم القـضاء ثابت بالنص اليقيـنى ونزول الدم بالدواء احتمالى، والاحـتمالى لا يقدم على الثـابت بالنص؛ لأنه يقينى، قالت عائشة ﵂: «كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فكنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة»[1] وكذا لو نفست بشرب الدواء فحكمها حكم الحائض.

٥- **رمى نفسه من شاهـق ليصلى قـاعدًا:** لا يجب القضـاء وإذا أخذنا بمقتضـى القاعدة فالواجب عـليه قضـاء الصلاة لأنه اسـتعـجل شيئًـا قبل أوانه وهو الصـلاة قاعـدًا، فيـعاقب بالحرمان.

ولكنهم قالوا: لا يجب القـضاء لوجود السـبب وهو العجز وإذا وجد السـبب ترتب عليه المسبب، وعليه فيكون الفرع مستثنى من القاعدة، وهذا هو الأصح.

ومقابل الأصح، يجب عليه القضاء لأنه استـعجل صلاته من قعود قبل أوانه، حيث ألقى بنفسه من شاهق ليمرض مرضًا يعجزه عن القيام فيـصلى من قعود، فهو قد استعجل شيئًا قبل أوانه فيعاقب بالحرمان من الترخص لأنه خـاص بالمرض الطبيعى الذى يعجزه عن الصلاة من قيام، وعـليه فيكون الفرع من القـاعدة، وهذا غير قـوى لأنه عاجز عن أداء الصلاة مـن قيام لوجود السبب وهو العجز عن أداء الصلاة من قيام بصرف النظر عن السبب ذاته.

٦- **لو طلق فى مرض، فرارًا من الإرث:** نفذ، ولا ترثه لئلا يلزم التوريث بلا سبب، ولا نسب.

ولكنهم قالوا: لو طلق رجل امرأته طلاقًا بائنًا فى مرض موته فرارًا من الإرث، فإنها ترثه معاملة له بنقيض مـقصوده، وهو المذهب القديم للشافعى ورأى بقـية المذاهب الأخرى، وبه

(١) متفق عليه من حديث معاذ، عن عائشة، وهو حديث حسن، (التخليص الحبير، جـ١/ ١٦٤).

أخذ قانون الأحوال الشخصية، وعليه يكون الفرع من القاعدة فيدخل تحتها ويأخذ حكمها لأنه استعجل شيئًا قبل أوانه، فيعاقب بالحرمان، فترث منه الزوجة وتأخذ حقها فى الميراث.

وأما المذهب الجديد، فلا ترثه لئلا يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب، وعليه يكون الفرع مستثنى من القاعدة، وفيه نظر بين الفقهاء فمنهم من ورثها منه حتى ولو انقضت عدتها، ومنهم من جعل الإرث إذا مات وهى فى العدة، ومنهم من قال بأنها لا ترث.

٧- **باع المال قبل الحول، فراراً من الزكاة:** صح جزمًا، ولم تجب الزكاة، لئلا يلزم إيجابها فى مال لم يحل عليه الحول فى ملكه، فتختل قاعدة الزكاة[١].

وذلك لأن الحول سبب فى وجوب الزكاة فى المال الحولى الذى بلغ نصابًا، فإذا ملك نصاب الزكاة ثم حال عليه الحول وجبت الزكاة، فإذا باع المال قبل الحول بقصد الفرار من الزكاة صح البيع جزمًا ولم تجب الزكاة[٢]؛ لأن المال لم يحل عليه الحول وهو فى ملكه بل حال عليه وهو فى ملك غيره فانتفى سبب وجوب الزكاة فلا تجب لئلا تختل قاعدة الزكاة، وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة؛ لأن مقتضى القاعدة وجوب الزكاة عليه، فمن استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه، ولكنه لم يعاقب بل سقط عنه وجوب الزكاة، فلم تسقط عنه العقوبة الأخروية.

وفى مذهب الإمام أحمد: لو باعه بقصد الفرار لم تسقط الزكاة معاملة له بنقيض قصده وقد عاقب الله تعالى الفارين من الصدقة فقال: ﴿**إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ**﴾ (القلم: ١٧) الآيات، عاقبهم بذلك لفرارهم من الزكاة ولئلا يكون ذريعة إلى إسقاطها جملة لما جبلت عليه النفوس من الشح ولهذا قال مالك: لا يحل الاحتيال لإسقاط الزكاة ولا غيرها من حقوق الله عز وجل[٣].

٨- **شرب شيئًا ليمرض قبل الفجر، فأصبح مريضًا:** جاز له الفطر.

قال الرويانى.

ذكر الإمام السيوطى حكم رجل تناول شرابًا أو طعامًا ضارًا قبل الفجر ليمرض فأصبح مريضًا فله الفطر؛ لأن المرض قد تحقق وهو سبب شرعى لجواز الفطر قال تعالى: ﴿**فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ**﴾ (البقرة: ١٨٤) وكان مقتضى القاعدة عدم جواز

(١) الأشباه للسيوطى ص١٧٠.
(٢) حاشية النجدى على الروض المربع جـ٣/ ١٧٨.
(٣) حاشية الروض جـ٣/ ١٧٩، ١٨٠، والأشباه لابن السبكى، جـ١/ ١٧٩.

الفطر؛ لأنه استعجل الفطر بالمرض الناشئ عن الشراب أو غيره، ومن استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه.

لكنهم قالوا: له الفطر لأن المرض تحقق فـعلاً والفطر بالمرض ثابت بالنص بقطع النظر عن السبب الذى أدى إليه، فيكون الفرع مستثنى من القاعدة.

والمرض الذى اعتبـره الشارع سببًا للفطر هو المرض الذى يخاف مـعه الضرر ومرده إلى الطبيب العـدل الثقـة لأن أهل الخبرة هم الأطبـاء العدول، وقـيل: يكتفى بالتجـربة بموافـقة شخص آخر يماثل حاله حال المريض، والأول هو المعتمد لأنه أضبط وأيسر.

٩- أفطر بالأكل متعديًا ليجامع: فلا كفارة.

لإيضـاح هذا الفرع نقـول: إن الكفـارة لا تجب بالفطر فى رمـضان عنـد الشافـعيـة إلا بالجماع، وهو مذهب الحنابلة والظاهرية، وخالف الحنفية والمالكية فقالوا: إن الكفارة تجب بالأكل عمـدًا وبالجماع فى نهـار رمضان، فلو أكل أو جامع وجـبت عليه الكفارة طالمـا كان الأكل عمدًا.

أما الشافعـية فلا كفارة عندهم بالأكل عمـدًا فلو أكل ليجامع فى نهار رمضـان فلا كفارة عليه، وكان مقتضى القاعدة وجوبها عليه لأنه توصل بالأكل إلى الجماع تحايلاً حتى لا تجب عليه الكفارة فكان الواجب أن يعامل بنقيض مقصوده سدّا للذريعة.

ولكن لا تجب عليـه الكفارة لعدم وجـود سببـها وهو الجمـاع بل الذى وجد هو الأكل وليس سببًا فى الكفارة؛ لأن النص ورد فى الجماع، وما عداه ليس فى معناه(١).

١٠- جبت ذكـر زوجها، أو هدم المـستأجـر الدار المستـأجرة: ثبت لهـمـا الخيـار فى الأصح.

توضــــيح ذلك: أن الزوجة يثبت لهـا الخيار فى فسخ النكاح إذا كان الزوج مـجبوبًا أى مقطوع الذكر أو عنينًا، وهو العـاجز عن الجماع أو خصيّـا أو به جنون أو برص، وذلك دفعًا للضرر، وهذا عند الحنفية ومن وافقهم.

فهـل يثبت لهـا ذلك إن قامت الزوجـة بقطع ذكر زوجـها؟ قـالوا: لها الحق فى فـسخ النكاح، وكان مقتضى القاعدة عدم ثبوت هذا الحق لهـا؛ لأنها استعجلت شيئًا قبل أوانه وهو الجب فتعاقب بالحرمان، من طلب الفسخ، ولكنهم قالوا: لها الحق فى طلب الفسخ، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة، ومعنى هذا أنه إذا وجد السبب وهو الجب ترتب عليه المسبب وهو الخيار، حتى ولو كان السبب فى حدوث العيب منها وهذا هو الأصح.

(١) مغنى المحتاج جـ١/ ٤٤٣.

وكذا لو هدم المستأجر الدار المستأجرة، فله الخيار فى الأصح، وكان مقتضى القاعدة عدم ثبوت الخيار؛ لأنه استعجل شيئًا قبل أوانه وهو الهدم، فيعاقب بالحرمان، وهو الخيار فى الفسخ ولكنه لم يعاقب وثبت له الخيار.

ومقابل الأصح، لا يثبت لهما الخيار تمشيًا مع القاعدة؛ لأنه هو الذى فعل ذلك.

ويرد عليه: أنه يثبت لهما الخيار؛ لأننا لو أسقطنا الخيار لضاع معنى السببية، فيوجد السبب ولا يوجد المسبب.

ويجاب عليه: أن السبب قد يوجد ويتخلف المسبب لوجود مانع خارج عن السبب، كالبنوة فإنها سبب الإرث ولكنه قد لا يحدث لكون الولد قاتلاً، فالقتل مانع من ترتب المسبب وهو الإرث؛ لأن السبب لم يوجد بتمامه ولا مستكملاً لشروطه؛ لأن فقد شرطه يوجب فقده، فكأنه غير موجود[١].

١١- ولو خللت الخمر بغير طرح شىء فيها، كنقلها من الشمس إلى الظل وعكسه: طهرت فى الأصح.

وذلك أن الخمر إذا تخللت وصارت خلاً بغير صنعة طهرت عند الشافعية، فإذا نقلها من الشمس إلى الظل أو العكس، فإنها تطهر فى الأصح؛ لأن نقلها ليس بصنعة وكان مقتضى القاعدة أنها لا تطهر، لأنه بنقلها تعجل شيئًا قبل أوانه ومن استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بالحرمان وعليه فالفرع خارج عن القاعدة.

ومقابل الأصح، يرى أنها لا تطهر لأنها بالانتقال أصبحت كالتى عولجت بالصنعة فيعامل بنقيض مقصوده، وعليه فالفرع من القاعدة.

وعلة النجاسة والتحريم فى الخمر الإسكار، فإذا زال الإسكار انتفى التحريم وانتفت النجاسة، فالحكم يدور مع علته وجودا وعدمًا، ولأن العصير غالبًا لا يتخلل إلا بعد التخمير فلو لم تطهر لتعذر إيجاد خلٍّ حلال[٢].

ويرد عليه: بأن هذا ليس من الاتخاذ الذى سئل عنه الرسول ﷺ من بعض أصحابه أتتخذ الخمر خلاّ؟ قال: لا، فإن مفهومه إذا لم تعالج بالصنعة وتخللت بنفسها وإذا كان تخللها بالصنعة لم تطهر فقوله: أتتخذ الخمر خلاّ؟ قال: لا، ليس مرادًا هنا.

١٢- ولو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول: استقر المهر فى الأصح.

بيان ذلك: أن المرأة إذا قتلت نفسها بعد العقد وقبل الدخول استقر لها المهر فى الأصح؛

(١) مغنى المحتاج جـ١/ ٨١.

(٢) الأشباه للسيوطى ص١٧٠.

لأن الشارع قرر أن المـهر يستقر كـله بالموت أو بالدخول أو الخلوة وقبل ذلك لا يسـتقر بل ينتصف.

فإذا قتلت المرأة نفسها استقر المهر كله؛ لأن الموت سبب لتقرر المهر، وقد ماتت، وإذا وجد السبب ترتب عليه المسبب، وبذلك خرج الفرع عن الـقاعدة؛ لأن مقتضى القاعدة عدم استقرار شىء لأنهـا استعجلت شيئًا قـبل أوانه لكنهم قالوا: باستقرار المهـر فخرج الفرع عن القاعدة، وهذا هو الأصح، وأما مقابل الأصح فلا يستقر لأنها استعجلت شيئًا قبل أوانه بفعل منها فتعاقب بالحرمان، وعليه فالفرع من القاعدة.

وبهذا نكون قد انتهيـنا من بيان الصور الداخلة والخارجة عن قاعدة: «من استـعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه».

وبالتأمل فيما أوردناه يتضح تمامًا أن الصور الخـارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها، بل فى الحقيـقة لم يدخل فيها غيـر حرمان القاتل الإرث، أما تخليل الخـمر فليست العلة فى الاستعجال على الأصح بل تنجيس الملاقى له ثم عوده عليه بالتنجيس(١)، وقد نبه السيوطى على ذلك بما ذكرناه هنا فى هذا التأمل.

ويمكن لهذه القاعدة أن لا تحتاج إلى هذه المسـتثنيات بما نقله قاضى القضاة علم الدين البلقينى عن والده: أنه زاد فى القـاعدة لفظًا فقال: «من اسـتعجل شيئًـا قبل أوانه، ولـم تكن المصلحة فى ثبوته، عوقب بحـرمانه» فيكون الحرمان مقيدًا بعدم المصلـحة فى الاستعجال، فإذا كان القصد من ورائه تحقيق مصلحة معتبرة شرعًا فلا يتأتى الحرمان حينئذ.

ثم ذكر السـيوطى فى نهـاية هذه القاعدة «لـطيفة» فـقال: رأيت لهذه القـاعدة مـثلاً فى العربية، هو أن اسم الفاعل يجوز أن ينعت بعد استيفاء معموله، فإن نعت قبله امتنع عمله من أصله.

توضـيح ذلك: أن اسم الفاعل لا يعـمل إلا إذا تقدم المعمـول وتأخر النعت، وأريد به الحال أو الاستقبال؛ لأن اسم الفاعل فـيه معنى الفعل وهو الحدث مثل الضارب زيدًا الآن أو غدًا، وإنما عمل لجريانه على الفعل الذى هو بمـعناه، وهو المضارع، ومعنى جريانه عليه أنه موافق له فى الحركات والسكنات، لموافقة الضارب ليضرب، فهو يشبه الفعل الذى هو بمعناه لفظًا ومعنى، وإن كان بمعى الماضى لم يعمل لعـدم جريانه على الفعل الذى هو بمعناه، فهو مشـبه به معنى لا لفظًا، فـلا تقول: هذا الضارب زيدًا أمس، بل يجب إضـافته فتـقول: هذا ضارب زيد أمس.

---

(١) مغنى المحتاج جـ١/ ٨١.

وهناك أسباب أخرى تمنعه عن عمله منها تصغيره؛ لأن التصغير من خواص الأسماء.

فاسم الفاعل يجوز أن ينعت بعد استيفاء معموله فإذا نعت قبله امتنع عمله من أصله مثل الضارب القائم زيدًا لأن النعت مقدم.

* * *

القاعدة الثالثة عشرة: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة لأن كل ما كان أقل اشتراكًا كان أقوى تأثيرًا وامتلاكًا، أى تمكنًا، وذلك لأن الولاية الخاصة تختص بمعين كالأب والجد، وأما الولاية العامة فتختص بغير معين إذ هى فى كافة الناس، والأولى أقوى من الثانية وهذا شىء يدركه الحس والعقل.

تعريف الولاية:

الوَلاية بفتح الواو معناها لغة: النصرة والمعونة ومنه قوله تعالى: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوا وَّنَصَرُوا أُولَٰئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا وَإِنِ اسْتَنصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**﴾ (الأنفال: ٧٢) فقوله تعالى: ﴿**فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ**﴾ أى نصرتهم.

والوِلاية بكسر الواو معناها السلطة والتمكن، وهذا هو المعنى المراد، إذ الولاية فى القاعدة هنا بمعنى السلطة.

وقد عرف الفقهاء الولاية: بأنها هى السلطة المستلزمة لنفاذ التصرف على الغير شاء أو أبى، أو هى قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف فى شئون غيره جبرًا عليه.

أنواع الولاية:

الولاية نوعان: عامة وخاصة.

الولاية العامة:

أما الولاية العامة، فتكون فى الدين والدنيا، والنفس والمال، هى ولاية الإمام الأعظم ونوابه، فإنه يلى على الكافة تجهيز الجيوش، وسد الثغور، وجباية الأموال من حلها وصرفها فى محلها، وتعيين القضاة والولاة، وإقامة الحج والجماعات، وإقامة الحدود والتعازير، وقمع البغاة والمفسدين، وحماية بيضة الدين، وفصل الخصومات وقطع المنازعات، ونصب

الأوصياء والمتولين ومحاسبتهم، وتزويج الصغار والصغيرات الذين لا ولى لهم وغير ذلك من صوالح الأمور(١).

فولاية الخليفة أو رئيس الدولة لا تختص بمعين فهى تشمل كافة الناس وكافة المصالح فى الدنيا والآخرة.

الولاية الخاصة:

وأما الولاية الخاصة فهى التى ترتبط وتختص بمعين كولاية الأب والجد وهذه أيضًا فى النفس والمال معًا، وفى المال فقط.

أما الأولى فعلى أربعة أنواع: قوية فيهما، وضعيفة فيهما، وقوية فى أحدهما وضعيفة فى الآخر، وهذه الولايات الأربع تضاف إليها ولاية خامسة وهى الولاية الخاصة بالمال فقط.

١- أما القوية فيهما فولاية الأب ثم الجد أب الأب وإن علا، فإنهما يملكان على هذا الترتيب تزويج الصغار ومداواتهم، والتصرف فى أموالهم على ما عرف فى النكاح والوصايا بشرط التكليف واتحاد الدين بأن يكون كل منهما مسلمًا أو كل منهما غير مسلم.

٢- وأما الضعيفة فيهما فولاية من كان الصغير فى حجره من الأجانب أو من الأقارب، وكان هناك أقرب منه له، فإنه يلى على نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة، فيملك تأديبه ودفعه فى حرفة تليق بأمثاله، ويشترى له ما لا بد له منه، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله(٢).

٣- وأما القوية فى النفس ولكنها ضعيفة فى المال فولاية غير الأب والجد من العصبات وذوى الأرحام، فإنهم يملكون التصرف فى نفس الصغير والمعتوه كما يملكه الأب والجد عند عدمهما، فله أن يزوجه بشرط الكفاءة ومهر المثل فى النكاح، وأما الابن فإنه لا يتقيد بالكفاءة ومهر المثل لأن ولايته فى النفس كولاية الأب والجد، ولكن ولاية الابن فى المال ضعيفة فهى بمنزلة غيره من الأقارب.

٤- وأما القوية فى المال وهى ضعيفة فى النفس فولاية وصى الأب أو الجد أو القاضى على الصغار، فإنه يتصرف فى مالهم تصرفًا قويًا، ولكن تصرفه فى أنفسهم ضعيف كتصرف من كان الصغير فى حجره من الأجانب.

٥- وأما ولاية المال فقط فولاية متولى الوقف فى مال الوقف، وولاية الوصى فى مال الكبير الغائب، فإنه يلى بيع غير العقار من التركة إلا لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه عليه ولو كان حاضرًا إذا امتنع عن وفاء الدين.

---

(١) شرح القواعد الفقهية، للزرقا ص٣١١.
(٢) المصدر السابق.

دليل القاعدة:

يستدل علـى أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العـامة وأنها قطعية بقـوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنفُسَكُمْ وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ (التوبة: ٣٦) فهذا من قبيل العام ويحتـمل التخصيص بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَعْلَمُونَ﴾ (التوبة: ٦) وعليه فإن كل عا يخـصص، ومن العام قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ (التـوبة: ١٠٣) فهى عامة فى الأموال ويحتمل تخصيصها ببعض الأموال بما ورد فى السنة[(١)].

وأما السنة فـيستدل منها على أن الولايـة الخاصة أقوى من الولاية العـامة بقوله ﷺ: «السلطان ولـى من لا ولى له»[(٢)] فقد دل الحديث على أن المـرأة إذا كان لها ولى فهو الذى يتولى تزويجها بحكم الولاية الخاصة إذ هى أقوى ولا تنتقل ولاية تزويجها إلى السلطان[(٣)] إلا إذا غاب أو امتنع وحـينئذ تنتقل إلى السلطان فكانت الولاية الخاصة أقـوى من الولاية العامة، والإجماع قام على هذا[(٤)].

ويمكن الاستدلال بفـروع القاعدة على أن الولاية الخاصة أقـوى من الولاية العامة إذ هى بمثابة دليل عليها وتقوية لها، وعلـى هذا إذا وجدت الولاية الخاصة قدمت على الولاية العامة وهذا ما سوف يتضح من فروع القاعدة.

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة ما يلى:

الفـرع الأول: قال السيوطى: ولهذا لا يتصرف القاضى مع وجود الولى الخاص وأهليته، أى ولكون الولاية الخـاصة أقـوى من الولاية العـامة، لا يتـصـرف القاضى مع وجـود الولى الخاص وأهليـته، فإذا كـان الولى الخاص موجـودًا فلا يجوز للولى العـام وهو السلطان ومن ينوب عنه أن يتصرف فى أى شىء، لا فى مال ولا فى نكاح أو غـيرهما؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من العامة، ما دام الولى الخاص توافرت أهليته.

---

(١) إرشاد الفحول، للشوكانى ص١٢٦.

(٢) رواه الخمسة إلا النسائى.. وفى لفظ «لا نكاح لا بولى وأيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن لم يكن لها ولى فالسلطان ولى من لا ولى له» يراجع: نيل الأوطار جـ٦/ ١٣٤.

(٣) نيل الأوطار بشرح منتقى الأخيار، جـ٦/ ١٤٣.

(٤) المنثور، جـ٣/ ٣٤٤.

الفرع الثانى: مما يتفرع على القاعدة أن المرأة: «لو أذنت للولى الخاص فى أن يزوجها من غير كفء ففعل ذلك وزوجها من غير الكفء صح تزويجه؛ لأن الكفاءة حقها وقد أسقطته، أما لو أذنت للحاكم فزوجها من غير كفء لم يصح فى الأصح لأن الحاكم نائب عن المسلمين فمنزلته منهم بمنزلة الوكيل من الموكل ولا يتصرف الوكيل إلا بما فيه مصلحة، فكذلك الحاكم، فليس من المصلحة أن يضع البنت عند غير الكفء.

ومقابل الأصح يصح للحاكم أن يزوجها من غير الكفء ما دامت قد أذنت له فى النكاح بهذا الشخص قياسًا على صورة الولى الخاص وذلك فيه نوع مصلحة.

ويرد على مقابل الأصح: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الولاية الخاصة ثابتة بالشرع بخلاف ولاية الحاكم فإنه فيها بمنزلة الوكيل من الموكل وتصرفه يجب أن يناط بالمصلحة، ولذلك كان عمر بن الخطاب يقول: «أنا منكم بمنزلة ولى اليتيم».

ومقابل الأصح يستوى فيه الولى الخاص والعام، ولا يكون الفرع من القاعدة.

وقال بعض الشافعية: إن مقابل الأصح أصح لحديث فاطمة بنت قيس أنه ﷺ قال لها: انكحى أسامة، فنكحته وهو مولى، وهى قرشية[(١)]، ولما فى زواج البنت من الخير لها.

تعريف الكفاءة:

الكفاءة بين الزوجين هى أن يكون الزوج مساويًا للزوجة أو أعلى شأنًا منها فى الدين والنسب وغيرهما مما قرر الفقهاء وجوب توافره حتى يكون الزواج صحيحًا نافذًا لازمًا، وهى حق للزوجة وأوليائها واعتبارها فى النكاح لدفع العار، وليست شرطًا فى صحته بل حق للمرأة والولى فلهما إسقاطها.

وتفريعًا على ما سبق، فإذا طلبت البكر أو الثيب من الولى الخاص كأب أو عم أن يزوجها بغير كفء برضاها، صح التزويج لأن الكفاءة حقها وحق الأولياء، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم.

واحتج له فى كتاب الأم للشافعى، بأن النبى ﷺ زوج بناته من غيره، ولا أحد يكافئه.

قال السبكى: إلا أن يقال: إن ذلك جائز للضرورة، لأجل نسلهن وما حصل من الذرية الطاهرة كما جاز لآدم عليه السلام تزويج بناته من بنيه[(٢)].

الفرع الثالث: من فروع القاعدة: أن للولى الخاص استيفاء القصاص والعفو عنه إلى الدية ولو مجانًا وليس للإمام العفو مجانًا، وعلى هذا، فيكون للولى الخاص للقتيل إما القصاص أو العفو عنه إلى الدية أو العفو مجانًا، أما الحاكم فله: القصاص أو العفو عنه إلى

(١) يراجع: التلخيص الحبير، جـ٣/ ١٦٥.

(٢) انظر: مغنى المحتاج، جـ٣/ ١٦٤.

الدية بشرط أن تكون المصلحة فى ذلك وليس له العفو مجانًا لئلا تضيع الدية على بيت المال أو الورثة الصغار المستحقين لها.

وعليه، فالولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة. والقتل العمد العدوان الذى يجب فيه القصاص يتحقق بأمرين:

وهما: قصد القتل وقصد الشخص بما يقتل غالبًا، وهذا ما يسميه رجال القانون بسبق الإصرار مع الترصد.

أما الدية فقد اختلف فيها العلماء هل هى بدل عن القصاص، أو هى من باب الواجب المخير؟.

فقال البعض: إن القصاص أصل والدية بدل لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَىٰ بِالأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ** ﴾ (البقرة: ١٧٨) فقد ذكر المولى سبحانه القصاص ولم يذكر الدية فعلم أنها لا تجب بالقتل وإنما تجب بالعفو حيث قال سبحانه: ﴿ **فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ** ﴾.

وقال بعضهم: إن الواجب عليه أحد شيئين: القود أو الدية، فإن استقاد الولى علمنا أن الواجب هو القود، وإن عفا عن القود إلى الدية علمنا أن الواجب كان الدية وهو اختيار الشيخ أبى حامد لقوله ﷺ: «فمن قتل قتيلاً فأهله بين خيرتين، إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية»[1] فخيرهم بين القود والدية فعلم أنهما سواء فى الوجوب.

إذا تقرر هذا فلو قال الولى الخاص: عفوت عن القود إلى الدية سقط القود ووجبت الدية.

والأقوى أنها بدل عن القصاص، وعليه فالولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة وللوارث أن يتنازل عنها لأنها حق من حقوقه ولو مجانًا، وأما الإمام فليس له ذلك لثبوت الولاية له بالنيابة، ومن هذا نرى أن الإسلام مع أنه أقر القصاص عقوبة لجريمة القتل، إلا أنه لم ير أنه واجب متعين لا بد منه، بل خير بينه وبين العفو، وخير فى العفو بين البدل: الدية أو الصلح، وبين العفو عنهما أيضًا.

وحبب العفو إلى النفوس، وأثار فى سبيله عاطفة الأخوة، منبع التراحم والتسامح، وقد

(١) رواه الترمذى وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ «من قتل متعمداً سلم إلى أولياء المقتول، فإن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذ العقل» يراجع: التلخيص الحبير جـ٤/ ٢٢.

صح عن أنس ﷺ أنه قال: «ما رفع إلى رسول الله، أمر فيه القصاص، إلا أمر فيه بالعفو»(١).

وبذلك صار من المعروف عند الفقهاء قولهم: العفو أفضل من الصلح، والصلح أفضل من القصاص، وحسب العافى المؤمن قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ (الشورى: ٤٠) وهذا أبلغ تعليم لفضيلة العفو والتراحم يدعو الإسلام إليه، ولا يراه منافيًا لوضع عقوبة القصاص(٢).

الفرع الرابع: أنه لو زوج الإمام لغيبة الولى، وزوجها الولى الغائب بآخر فى وقت واحد، وثبت ذلك بالبينة قدم الولى إن قلنا: إن تزويجه بطريق النيابة عن الغائب. . . وإن قلنا إنه بطريق الولاية فهل يبطل كما لو زوج الوليان معًا أو تقدم ولاية الحاكم لقوة ولايته وعمومها؟ والأصح أن تزويجه بالنيابة بدليل عدم الانتقال إلى الأبعد، وعلى هذا يقدم نكاح الولى(٣).

وبيان ذلك: أن الحاكم يزوج فى صور كثيرة ومنها: امتناع الولى أو غيبته فوق مسافة القصر وتقدر بأربع وثمانين كيلو مترًا، فلو زوج الإمام لغيبة الولى وكان الولى الخاص قد عقد لها عقدًا على زوج آخر فى البلد التى هو فيها واتحد زمن العقدين وثبت ذلك بالبينة فأيهما يقدم؟.

إن قلنا إن الحاكم يزوج بطريق النيابة عن الغائب فالعقد باطل لأن المنوب عنه وهو الولى قد أدى المهمة فيبطل نكاح الولى العام.

وإن قلنا: إن تزويجه بطريق الولاية فقولان:

أحدهما: يبطل العقدان لأن كل واحد منهما صدر عن ذى أهلية واتحد الزمن، وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح وهو باطل، مع ملاحظة أن المنظور إليه هنا مطلق الولاية بقطع النظر عن قوة الولى الخاص منهما فهما فى درجة واحدة، وذلك قياسًا على تزويج الوليين الخاصين.

ثانيهما: تقدم ولاية الحاكم لأنها تقوى بعمومها، قياسًا على ما لو قال الولى الخاص: كنت قد زوجتها فى الغيبة والوقت مجهول فإن نكاح الحاكم يقدم ودعوى الولى الخاص لا تقدم فى صحة تزويج الحاكم.

(١) رواه الخمسة إلا الترمذى يراجع: نيل الأوطار جـ٧/ ٣٣.
(٢) الإسلام عقيدة وشريعة للإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت ص٣٢٤ طبعة دار القلم.
(٣) الأشباه للسيوطى ص١٧١.

قال صاحب الكفاية: والتحقيق أن تزويجه بطريق النيابة التى استلزمتها الولاية فهى نيابة مشوبة بالولاية اى اقتضتها الولاية، وعليه فيقدم نكاح الولى الخاص.

ويتفرع على ذلك ما يأتى:

١- أنه لو أراد الحاكم أو القاضى أن يتزوجها، إن قلنا بالولاية زوجها له أحد نوابه أو قاضى آخر لئلا يلزم أن يكون موجبًا وقابلاً فى وقت واحد.

وإن قلنا بالنيابة لم يجز مطلقًا لأنه نائب عن وليها فهو بمثابة الولى ولا يجوز للولى أن يزوج نفسه ممن له الولاية عليها لا بنفسه ولا بغيره.

٢- ومن ثمرات الخلاف: أنه لو كان لها وليان، وأحدهما أبعد فى الولاية وغاب الأقرب فإن قلنا: إن الحاكم يزوج بالولاية قدم عليه الحاضر الأبعد... وإن قلنا: يزوج بالنيابة فلا يقدم عليه الحاضر الأبعد بل يزوجها الحاكم.

وهذا عند غير الحنفية الذين يجيزون النكاح بعبارة المرأة ولا يشترطون الولى فى صحة النكاح.

وأما الجمهور: فيشترطون الولى فى صحة النكاح؛ لأن المرأة لا يجوز لها أن تزوج نفسها إلا بولى لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى»[1] فالكلام عن الولاية الخاصة والعامة على رأى الجمهور الذين يشترطون الولى فى نكاح المرأة، أما الحنفية فلا كلام لهم فى هذه المسألة لأنهم لا يشترطون الولى فى النكاح.

ضابط الولى:

الولاية إما أن تكون على النفس والمال وهى ولاية الأب والجد وإما أن تكون على النفس فقط كولاية العصبة من غير الأب والجد، وإما أن تكون على المال فقط كولاية الوصى.

وإنما ذكر السيوطى هذا الضابط لأنه سيتكلم على مراتب الولاية، فأتى به ليوضح ما سيتحدث عنه.

مراتب الولاية:

قال السبكى: مراتب الولاية أربعة[2]:

والقاعدة فى العدد أنه يخالف المعدود فى التذكير والتأنيث من ثلاثة إلى تسعة، ما لم يتأخر العدد عن المعدود فإن تأخر جاز الأمران، فصح هنا أن يقول (أربعة) بدلاً من (أربع) مع أن المعدود مؤنث.

---

(١) انظر التلخيص الحبير جـ٣/ ١٦٠.

(٢) الأشباه والنظائر ص١٧٢.

المرتبة الأولى: ولاية الأب والجد:

وهى أعلى المراتب؛ لأنـها شرعـية فالشـارع فوض لهمـا التصرف فى مـال الولد لوفور شفقتهما عليه ولكونهما متـصفان بالأبوة والجدودة وهى وصف ذاتى لهما، فلو عزلا أنفسهما لم ينعزلا بالإجـماع؛ لأن المقتـضى للولاية، الأبوة والجدودة، وهى موجـودة ومستمـرة فلا يقدح العزل فيها.

فإذا امتنعا من التصرف، فإن الحاكم يتـصرف مع وجودهما وهكذا سائر العصبات، ليس لواحد منهما أن يمتنع، فـإن امتنع زوج الحاكم لأنه بامتناعه عاضل فيفـسق وبفسقه يخرج من الولاية.

فهذه المرتبة من أعلى المراتب من حيث إنها ولاية شـرعية، والشرع فوض لهما التصرف فى مـال الولد لكثرة الشـفقـة المنبثـقة عن الأبـوة والجدودة وهى وصف ليس بمكتـسب بل مخلوق معـهما ولا يتخلف أبدًا، ولهـذا كان لهما ولاية الإجبـار فى زواج الصغير والصـغيرة وليس ذلك لأحد سواهما.

وهذا هو الأصل فى أنهـما لو عزلا أنـفسهـما لم ينعـزلا، وقام الإجمـاع على ذلك لأن المقتـضى للولاية الأبوة والجدودة وهى مستـمرة ولا يقدح العزل فيـها، لكن إذا امتنع الأول تصرف الثانى، وهكذا سائر العصبات وليس لواحد منهما أن يمتنع فإن امتنع زوج الحاكم لأنه بعضله فسق فيخرج من الولاية.

المرتبة الثانية: الوكالة:

وهى السفلى، وولاية الوكيل، مستفادة من الإذن، فهى مـقيدة بامتثال أمر الموكل ولكل منهما عـزل نفسه وإذا عزل نفســه فقد فسخ عقـد الوكالة أو قطعه لأنها من العـقود التى تقبل الفسخ.

ولكن لماذا كانت ولاية الوكيل سفلى ولماذا أتى بها بعد العليا؟.

والجواب عن هذا التساؤل أنه أتى بها هنا لأن الإيصاء يأتى فى المرتبة الثالثة وله شبه من الولاية الشرعية العليـا، وله شبه بالولاية السفلى فقدم السـفلى هنا، لكى يتأتى الفهم لأنه إذا عرف العليا، والسفلى سهل عليه فهم ما توسط بينهما.

تعريف الوكالة:

الوكالة لغة: التفويض، تقول: وكلت الأمر إليه بمعنى فوضته إليه[١].

وشـرعًـا: إسناد أمر قابل للتفويض لآخر ليفـعله نيابة عنه حال حياته، أو هى: تفويض شخص فيما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله فى حياته[٢].

(١) المصباح المنير جـ٢/ ٨٣٨. (٢) مغنى المحتاج جـ٣/ ٢٣٢.

حكم الوكالة:

هى عقد جائز من الطرفين، والحكمة فى ذلك أنه لو كان لازمًا لاستمر الموكل محتملاً للأضرار إلى ما لا نهاية وكذلك الوكيل، فيمتنع الناس عن قبول الوكالة.

وتصرف الوكيل: مستفاد من الإذن الصادر بمقتضى عقد الوكالة، ولا بد أن يكون ما وكل فيه معينًا، وأن يتقيد بامتثال أمر موكله لأن الولكيل سفير محض، فليس له أن يغير بل يلتزم بأمر موكله وينفذه دون تغيير، ولو تصرف على خلاف المصلحة كان تصرفه باطلاً.

ولما كانت الوكالة من العقود الجائزة فللوكيل والموكل عزل نفسه وحقيقة العزل أنه فسخ لعقد الوكالة، إذا كان قبل الشروع، أما بعد الشروع فى العمل فهو قطع للعقد والفرق بينهما أن الفسخ إبطال للعقد من أساسه أما القطع فهو إنهاء له بعد وجوده.

واختلف الأصحاب فى الوكالة بلفظ الإذن، هل هى عقد فيقبل الفسخ، أو إباحة فلا تقبله؛ لأن الإباحة لا ترتد بالرد؟ المشهور الأول.

والفرق بين الوكالة والإذن فيه غموض، ففى الوكالة يقول: وكلتك فى كذا، فيقول: قبلت، وأما الإذن فهو إباحة، فإذ أذن له فى شىء فكأنه أباح له هذا الشىء فله أن يقبل أو لا يقبل، فالغموض أتى من جهة أن الوكالة تتضمن الإذن، والوكالة مكتسبة من العقد، والعقد التزام من طرفين وليس إباحة والإباحة مكتسبة بالإذن فلا ترفع ما دام الإذن قائمًا.

المرتبة الثالثة: الوصية:

وهى بين المرتبتين[(١)]، فإنها من جهة كونها تفويضًا تشبه الوكالة، ومن جهة كون الموصى لا يملك التصرف بعد موته، تشبه الولاية.

بيان ذلك: أن الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت.

والوصية والإيصاء بمعنى واحد فى اللغة ولكن الفقهاء جعلوا الوصية خاصة بالأموال والإيصاء أو الوصاية خاص بالأمور غير المالية كتعهد شخص أولاد غيره من بعده.

وهى مرتبة بين: ولاية الأب والجد وهى الولاية الشرعية العليا، والوكالة وهى السفلى.

وجه كونها بين المرتبتين: أنها تشبهها: فتشبه الوكالة من جهة كون الوصية تفويض والوكالة تفويض، وتشبه العليا من جهة كون الموصى لا يملك التصرف بعد الموت، وجوزت للحاجة إليها.

فلهذا تشبه المرتبة العليا، وهى مرتبة الأب والجد.

(١) الأشباه للسيوطى ص١٧٢.

وقد لاحظ الإمـام أبو حنيفة شبـه الوصية بالولاية الشـرعية، فلم يجز للمـوصى له عزل نفسه، فلو عزل نفسه لا ينعزل، وإن امتنع أقام الحاكم من يقوم مقامه.

وأما الإمـام الشافعى فـقد لاحظ شـبه الوصيـة بالوكالة، من حيث إنـها عقـد جائز من الطرفين فأجاز للموصى له عزل نفسه على المشهور من مذهبه.

والسيـوطى: رجح رأى أبى حنيفة بقوله: ولـنا وجه كمذهب أبى حنيـفة، فهو بهـذا قد لاحظ شبهها بالولاية الشرعية، وعليه فلو عزل نفسه لم ينعزل[1].

المرتبة الرابعة: ناظر الوقف:

أما ناظر الوقف فهو يشبهه الوصى من جهـة كون ولايته ثابتة بالتفويض، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله لأنه يتصرف فى مال الله تعالى. والوصى يتسلط الموصى على عزله فى حياته بعد التفويض بالرجوع عن الوصية.

فالتفويض أصله أن يكون من الله تعالى، ولكنه أذن للواقف، فهى ولاية شرعية.

ومن جهة أنه منوط بصفة كالرشد ونحوه، وهى مستمرة كالأبوة، وإما منوط بذاته كشرط النظر لزيد وهو مستمر فلا يفيد العزل كما لا يفيد فى الأب.

بخلاف الوكيل والوصى فإنه يقطع ذلك العزل أو يرفعه.

تعـريف الوقف: الوقف لغة الحبس، وشرعًا: حبس مـال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح موجود.

وقد اختلف فى ملك الوقف على ثلاثة آراء:

الأول : الملك فى الوقف للموقف عليه.

الثانـى: الملك فى الوقف للواقف والثمرة والمنفعة للموقوف عليه.

الثالث: الملك فى الوقف لله تعالى وهو الأظهر، فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه.

النظارة فى الوقف:

تعريف النظارة:

النظارة هى القيام على أمر الوقف بالرعاية والحفظ والعمل على صيانته.

والولاية فى الوقف من قـبيل الولاية الـخاصـة وهى أقوى من الولاية العـامة، فلو أجـر القاضى عقارًا للوقف بحكم ولايتـه العامة وأجر متولى الوقف ذلك العقـار نفسه يكون إيجار المتولى صحيـحًا ولا يعتبر إيجار القاضى؛ لأن الولاية الخاصـة أقوى من الولاية العامة، ولا يحق لصـاحب الولاية العامـة على هذا الوقف أن يتـصرف بمـال الوقف مع وجود صـاحب الولاية الخاصة، وإن كان القاضى هو الذى عين ذلك المتولى.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٧٣.

كذلك لا يحق للقاضى عزل المتولى المنصـوب من قبل الواقف ما لم تظهر عليه خيانة؛ لأن ولاية الواقف على الوقف ولاية خاصة وهى أقوى من ولاية القاضى.

وكذلك لا يحق للقـاضى أن يتصرف بمال الـيتيم الذى نصب عليه وصـيًا، ولا أن يزوج اليتيم واليتيمة عند وجود الولى.

والحــاصل: أنه إذا وجدت الولاية الخاصة فى شىء فلا تـأثير للولاية العامة، ولا عمل لصاحبها، لأن تصرف الولى العام عند وجود الولى الخاص غير نافذ.

مستثنيات القاعدة:

ليس لهذه القاعدة إلا مـسألة واحد مستثناة وهى: إذا كـان الصبى هو ولى الدم فى القتل العمـد فوصيـه ليس له إلا حق الصلح عن القصاص بـمال لا يكون أقل من الدية الشرعـية، وليس له القصاص أو العفو عنه ولكن القاضى له حق القصاص بماله من الولاية العامة.

فالقاضى هنا يملك بولايته العامة ما لا يملكه الوصى بولايته الخاصة[1].

والحقيقة أنه لا يوجد استثناء، فإنَّ ولاية استيـفاء القصاص عن الصغير مستمدة من ولاية الوصى على نفس الصغيـر وهى ولاية ضعيفة لا تزيد على ولاية الأجنبى إذا كـان الصغير فى حجره.

والذى ينبغى أن يستثنى من القاعدة ما يلى:

١- أن المتـولى لا يملك العزل والنصب لأرباب المـستفـيدة بالموقف بدون أن يشـترط الواقف ذلك له، ويملكه القاضى بدون شرط.

٢- أن القاضى يملك إقراض مال الصغير دون الأب والوصى.

٣- وكذلك يملك القاضى الاستقراض للوقف واستبداله بشروطه وإيجاره مدة طويلة عند مسيس الحاجة إلى تعميره، ولا يملك المتولى ذلك.

تنبيـه: إن ما ذكر من أن القاضى لا يملك التـصرف مع وجود وصى أو متول ولو من قبله مقيـد بغير مداخلته بالسبب العام، أمـا به فإنه يتدخل، فهو يحاسب الأوصـياء والمتولين ويعزل الخائن، وإن شرط الموصى أو الواقف عدم مداخلته[2].

وكذلك يملك بالسبب المـذكور إيجار عقار الوقف من المتولى أو مـمن لا تقبل شهادته للمتولى ولو لم يكن هناك خيرية.

* * *

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ص١٥٣.
(٢) شرح القواعد الفقهية ص٣١٣، ٣١٤.

القاعدة الرابعة عشرة: لا عبرة بالظن البين خطؤه

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أنه لا اعتداد بالظن البين خطؤه، فإذا حدث فعل استنادًا على ظن تبين أنه مخالف للحكم الشرعى يجب عدم اعتباره لأنه لا عبرة به شرعًا، وما لا عبرة به شرعًا لا يترتب الحكم عليه.

ويفهم من هذه القاعدة: أنه إذا تعارض الظن الذى هو إدراك الطرف الراجح مع الواقع لا يعتد بالظن، بل يلغى ويجعل كأن لم يكن سواء أكان الخطأ ظاهرًا ومبينًا للحال، أم كان خفيًا ثم ظهر بعد ذلك.

والعبرة: من الاعتبار والاعتداد وهو إعطاء الأمر قيمة، وتستعمل أيضًا: بمعنى الاتعاظ.

ومن العبرة بمعنى الاعتبار قول الفقهاء: لا اعتبار فى تقدم المأموم على الإمام، أى أنه إذا تقدم المأموم على الإمام فلا يعتد به شرعًا فيلغى لأنه مخالف لما ثبت شرعًا.

ومن العبرة بمعنى الاتعاظ قولهم: لا عبرة بعبرة معتبر إذا لم يكن غير معتبر.

الظن والوهم والشك:

الظن: إدراك الطرف الراجح، ويقابله الوهم: إدراك الطرف المرجوح، وأما الشك: فهو تساوى الطرفين.

وإذا كان الظن المبنى على خطأ غير معتبر شرعًا، فمن باب أولى ما كان أقل من الظن فلا عبرة إذًا بالشك أو التوهم، ومن ثم فلا يثبت حكم شرعى استنادًا على شك أو وهم، إذ لا يترك الأمر الثابت بصورة قطعية بوهم أو شك طارئ[١].

دليل القاعدة:

هذه القاعدة بديهية يدركها العقل فلا تحتاج إلى دليل، وتعتبر فروع القاعدة دليلاً عليها عند عدم وجود الدليل.

فروع القاعدة:

يندرج تحت هذه القاعدة فروع كثيرة من أهمها ما يلى:

الفرع الأول: ظن المكلف أنه لا يعيش إلى[٢] آخر الوقت فى الواجب الموسع.

---

(١) بتصرف من درر الحكام لعلى حيدر ص٦٤ شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٣٥٧، ومحاضرات فى قواعد الفقه.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٣٤.

تعريف الواجب الموسع:

الواجب الموسع يكون وقت العبادة فيه أزيد بحيث يسع فعلها مرارًا، ويسمى الإيجاب المتعلق بهذا الفعل بالوجوب الموسع(١).

فإذا ظن المكلف أنه لا يعيش إلى آخر وقت الصلاة بأن كان مريضًا ويغلب على ظنه أن هذا هو مرض الموت أو كان ينتظر تنفيذ حكم بالإعدام ويغلب على ظنه أن ينفذ الحكم بغتة تضيق عليه الوقت فى الصلوات الخمس ويجب عليه فعل الواجب فيما ظن البقاء فيه، فلو لم يفعله ثم عاش وفعله فهو أداء على الأصح من مذهب الشافعى لأنه ظن تبين خطؤه فلا يعتد به ولا يحاسب عليه، ثم إنه أوقع الصلاة فى وقتها المقدر لها شرعًا.

ومقابل الأصح، يعتبر قضاء لأن الوقت قد تضيق عليه بحسب ظنه، فيلزمه أن يوقعه فى الوقت الذى ظن أنه لا يعيش بعده، وعليه فيكون الظن معتبرًا ولا يكون الفرع من القاعدة.

معنى الأداء والقضاء:

الأداء: هو فعل المكلف العبادة كلها أو بعضها فى أى جزء من أجزاء الوقت المقدر لها شرعًا، ولم تسبق بإتيان مشتمل على نوع من الخلل أى بأن يكون قد أداها فى وقتها صحيحة مستوفية لأركانها وشروطها كاملة.

والقضاء: هو فعل العبادة بعد وقتها المقدر لها شرعًا.

أنواع الواجب الموسع:

الواجب الموسع قد يكون الوقت فيه معلومًا بأن يكون محدد الطرفين له مبدأ ونهاية، كالصلوات الخمس، وقد يكون غير معلوم كالحج، وقضاء الفوائت لعذر من الأعذار، فإن الشارع قد جعل العمر كله وقتًا للحج وقضاء ما فات من الواجبات لعذر أو لغير عذر والعمر غير معلوم النهاية.

ومثل هذا: ما لو ظنت المرأة أنها ستلد إن كانت حاملاً، أو أنها تحيض، أو رجل اعتاد أن تأتيه حمى الملاريا فى أى وقت تضيق عليه الوقت، ووجب أداء العبادة قبل الزمن الذى يظن فيه الفوات، فإن أخر وفات وقت الفعل لهذه العبادة كان آثمًا، وإن تخلف ظنه وأتى بالفعل كان هذا الفعل أداء على رأى الغزالى وهو الصحيح لأنه وقع فى وقته المحدد له شرعًا ولكنه آثم لمخالفته ما أمر الشارع به وهو العمل بمقتضى ظنه(٢).

ونظيره: ما لو نام عن الصلاة:

(١) أصول الفقه، لأستاذنا الدكتور محمد أبى النور زهير جـ١/ ١٠٥.

(٢) أصول الفقه، تأليف الدكتور محمد أبى النور زهير، ص١١٢.

فـعند الجمـهور تكون قـضـاء لخروج الوقت الذى يرتبـط به الواجب بالنوم، ولكن هل جميع الوقت وقت للوجوب؟.

قال الجمهور: جمـيع الوقت وقت للأداء، ففى أى وقت أوقع الصلاة فيه فهى أداء، لأن الإيجاب قـد تعلق بالوقت من أوله إلى نهايته، ولكن المكـلف مخير فى إيقـاع الفعل فى أى جزء من الوقت، ولا يكلف بالعـزم على الفعل فى الجزء الذى لم يفعل فـيه وإذا أتى بالفعل فى أى جزء من أجزاء الوقت كان الفعل أداء[1].

واستدلوا على ذلك بأن الله تعالى لما فرض الصلاة أرسل جبريل عليه السلام ليعلم النبى ﷺ أوقاتها وأفـعالها فأم جـبريل النبى ﷺ وصلى به أول يوم الصلاة فى أول وقـتها ثم صلى به فى اليوم الثانى الصلاة فى آخر وقتها ثم أعلم النبى ﷺ الأمة بهذه الأوقات بقوله: «الوقت ما بين هذين» فدل الحديث على أن الخطاب المتعلق بـالصلاة يقتضى إيقاعها فى أى جزء من أجزاء الوقت من غير بدل، وأول الوقت أحق بالأداء من غيره لما فيه من المبادرة إلى الطاعة لقوله ﷺ: «الصلاة فى أول الوقت رضوان الله، وفى آخره عفو الله»[2].

وقال الحنفيـة: إن الإيجاب يقتضى إيقـاع الفعل فى الجزء الأخيـر من أجزاء الوقت فإذا أوقعه المكلف فى غيره كان هذا الفعل تعجيلاً.

ومنهم من قال: إن سبب الوجـوب هو الوقت الذى يليه أداء الفعل وهذا ظاهر فى أن أى جزء منه صالح لأداء الفعل فـيه، فإن لم يفعل حتى بقى من الوقت مقـدار يسع الفعل، تعين هذا الوقت للأداء وكـان سـبب الوجـوب هو الوقت الذى تلاه هذا الفـعل، وهذا لا يخـالف مذهب جمهور الفقهاء والمتكلمين[3].

الفرع الثانى: ظن أنه متطهر فأدى الصلاة:

فإذا ظن شـخص أنه متطهر ثم تبين أنه مـحدث[4] لم تصح صـلاته ويجب عليه إعـادة الصلاة لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبـرة بالظن البين خطؤه، والظن هو الطهارة والواقع هو عدم الطهارة، فـإذا صلى ثم بان حدثه، فيجب عليـه إعادة الصلاة سواء كان الحـدث أكبر أو أصغر لأن الظن لا يغنى شيئًا، ولأنه ظن تبين خطؤه فيلغى.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) رواه الترمذى والـدارقطنى من حديث يعقوب بن الوليـد المدنى عن عبد الله بن عـمر عن نافع عن ابن عمر... ويعقوب كـما قال أحمد بن حنبل كان من الكاذبين الكبار... وقـال النسائى: متروك، وقال ابن حبان: كان يضع الحديث وما روى هذا الحديث غيره، انظر: التلخيص الحبير جـ١ ص١٨٠.

(٣) المرجع السابق ص١١٠.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطى ص١٧٤.

الفرع الثالث: ظن دخول الوقت فصلى:

إذا ظن دخول الوقت فصلى ثم بان أنه لم يدخل[(١)]، فيجب عليه إعادة الصلاة، لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، والظن هو دخول الوقت، والواقع: عدم دخول الوقت، وهو شرط لصحة الصلاة، فإذا وقعت الصلاة قبل وقتها فلا تجزئ؛ لأن الوقت مأخوذ من التوقيت وهو التحديد والمراد به وقت الصلاة المكتوبة خاصة، وأجمع المسلمون على أن للصلوات الخمس أوقاتًا مخصوصة محدودة لا تجزئ قبله، قال تعالى: ﴿**إِنَّ الصَّلاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا**﴾ (النساء: ١٠٣) وقال عمر: «الصلاة لها وقت شرطه الله لها لا تصح إلا به»[(٢)].

الفرع الرابع: ظن طهارة الماء فتوضأ به:

إذا ظن طهارة ماء فتوضأ به ثم بان نجاسته، فإنه يجب عليه إعادة الوضوء إذا لم يصل به فإن صلى به أعاد الوضوء والصلاة معًا؛ لأنه ظن تعارض مع واقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، والظن الخاطئ هو طهارة الماء، والواقع هو عدم طهارته لأنه ثبت أنه نجس، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، حيث قام الدليل على نجاسته فيلغو الظن ويثبت اليقين.

الفرع الخامس: ظن أن إمامه مسلم أو رجل أو قارئ:

إذا ظن أن إمامه مسلم أو رجل أو قارئ فبان كافرًا أو امرأة أو أميًا، وجب عليه إعادة الصلاة فى هذه الصور كلها، لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، ولأن من شروط صحة الصلاة: الإسلام، والذكورة شرط لصحة الإمامة إذا كان المؤتم به رجلا، والقراءة شرط لصحة الاقتداء، فإذا اقتدى قارئ بأمى وهو من لا يحسن الفاتحة لم تصح الصلاة لأن الفاتحة ركن فى الصلاة فلم تصح صلاته فى هذه الصورة لأنه كان ينبغى عليه أن يتحرى، ويعرف أن إمامه ممن تتوافر فيه شروط الإمامة ومنها: الذكورة، والإسلام، والقراءة، فإذا قصر فى ذلك لم تصح صلاته.

الفرع السادس: ظن بقاء الليل:

إذا ظن بقاء الليل فأكل ثم تبين خلافه، فصومه غير صحيح وعليه القضاء، ولا كفارة عليه عند من يوجب الكفارة بالأكل لأن الحدود تدرأ بالشبهات، والكفارات كالحدود؛ لأنها عقوبة فتدرأ بالشبهة.

وإنما وجب عليه القضاء لقوله تعالى: ﴿**أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ**

---

(١) المرجع السابق.

(٢) حاشية الروض المربع للنجدى جـ١/ ٤٦٢.

وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَقْرَبُوهَا كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ﴾ (البقرة: ١٨٧) وقد تبين وهذا هو المشهور فى مذاهب الفقهاء الأربعة[(١)].

وكذلك إذا ظن غروب الشـمس فأكل ثم بان خلافه فـصومه غير صـحيح، ويجب عليه الإعادة لأنه لم يتم صومه والله أمر بإتمام الصوم، ولكن لا كفارة عليه عند من يوجب الكفارة بالأكل والشرب خلافًا للشافعية ومن وافقهم فإنهم يرون أنه لا كفارة إلا بالجماع؛ لأنه لم يرد به نص؛ ولأن الأصل براءة الذمة فلا يثبت شغلها إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس، ولم يوجد واحـد منها وإنما ورد النـص وثبت الإجماع فى الجـماع فى نهار رمـضان، فلا كـفارة بمباشـرة أو قبلة ونحوهما، مع الإنزال وفـاقًا، ولا بالجماع فى قضـائه أو نذر أو كفارة؛ لأن الكفارة لهتك حـرمة شهر رمضـان وغيره لا يساويه، لاحترامـه وتعينه للعبادة فلا يقـاس غيره عليه[(٢)].

الفرع السابع: دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها:

فإذا دفع شـخص زكاة أمواله إلى من ظنه من أهلهـا فبان خلافـه فيجب عليـه أن يخرج غيرها لأنـها لم تقع موقعـها الصحيح؛ لأنه ليس من الأصناف الثـمانية المذكـورين فى قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (التوبة: ٦٠).

فقد تعـارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، فـالظن أنه من أهلها، والواقع أنه ليس من أهلها[(٣)]، فيبقى الواجب فى ذمته، حتى يجد مستحقا له فيدفعه إليه، وله أن يسترد ما دفعه من غير المستحق إن شاء، وهذا عند الشافعية.

وعنـد أبى حنيـفـة: لو دفـع الزكاة إلى مـن ظنه من أهلهـا ثم بان خلافـه تجزئه اكتـفاء بظنه؛ لأن الدفع بالظـن عنده فى الزكاة قـائم مـقام اليـقـين خلافًـا لأبى يوسف: فـإنه مع الشافعية.

والأول هو الصحيح فلا يجوز صرف شىء من الزكـاة إلى غير أهلها، ومن قال بغير ذلك فلا يلـتفت إلى قوله لأنـه يخالف النص القـرآنى، ولما أخـرجه أبو داود وغيـره عن زياد بن

---

(١) حاشية الروض المربع، جـ٣/ ٤٠٧.

(٢) حاشية النجدى على الروض المربع جـ٣/ ٤١٧.

(٣) محاضرات فى قواعد الفقه.

الحارث مرفوعًا: «إن الله لم يرض بحكم نبى ولا غيره فى الصدقات، حتى حكم فيها هو، فجزأها ثمانية أجزاء» وقال للسائل: «إن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك»[١].

الفرع الثامن: رأوا سوادًا فظنوه عدّوا:

وإذا رأى المسلمون المرابطون للجهاد سوادًا فظنوه عدّوا فصلوا صلاة شدة الخوف[٢].

على أى كيفية من الكيفيات التى ذكرها الفقهاء ووردت بها النصوص فى الكتاب والسنة بناء على ظن أن هذا السواد عدو فبان خلافه، فيجب إعادة الصلاة لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه.

فالظن هو: أن السواد عدو، والواقع: عدم ذلك.

وأيضًا: لو بان أن هناك خندقًا بيننا وبين العدو، فيجب إعادة الصلاة لتعارض الظن مع الواقع، وهذا هو أظهر القولين عند الإمام الشافعى.

ومقابل الأظهر: لا إعادة للصلاة؛ لأن وقت الصلاة كان الخوف قائمًا.

والأظهر أقوى لأن الخوف كان ناتجًا عن ظن أن السواد عدو ثم بان خلافه، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، وعليه الفرع داخل تحت القاعدة.

الفرع التاسع: استناب من يحج عنه ظانًا أنه لا يرجى برؤه:

صور القاعدة: إنسان مستطيع أداء فريضة الحج ماليًا، ولكنه عاجز عن أداء الحج جسمانيًا، فيجوز أن ينيب غيره بل يلزمه أن يقيم من يحج ويعتمر عنه باتفاق أهل العلم[٣].

فإذا أناب غيره ليحج عنه على ظن أنه لن يشفى من مرضه ثم بان خلاف ظنه فقد وجد نفسه قد عوفى بعد الإحرام أو بعد أداء الفريضة ففى هذه الحالة عليه أن يحج عن نفسه، ولا عبرة بالحج الذى أداه عنه الغير لأنه مبنى على ظن تبين خطؤه وهذا قول الجمهور.

ورجح ابن نصر الله وقوعه عن المستنيب... ومفهوم عبارته أنه لو عوفى بعد الإحرام أجزأه، ولو كان قبل الميقات والذى نرجحه أنه لا يجزئه الذى أداه، لأنه مبنى على ظن تبين خطؤه، فلا عبرة به حيث تبين أن مرضه لم يكن ميئوسًا منه.

الفرع العاشر: أنفق على البائن ظانًا حملها:

المطلقة إما أن يكون طلاقها رجعيا، وإما بائنًا، وفى كل إما حامل أو حائل.

---

(١) رواه أبو داود.. وفى إسناده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفريقى، وقد تكلم فيه غير واحد، انظر: نيل الأوطار جـ٤/ ١٩٢.

(٢) أشباه السيوطى ص١٧٤.

(٣) حاشية الروض المربع، للنجدى جـ٣/ ٥١٩.

فالمطلقة رجعـيًا لها ما للزوجات من النفقات مـا عدا أدوات الزينة فلا تجب على الزوج عند من يقول بأن الرجعة لا تصح إلا بالقول، فإن وطئها لم يكن ذلك رجعة(١).

أما المطلقة بائنًا: فإذا كانت حائلاً فلها السكنى فقط محافظة على ماء وجهها، وإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى لقوله تعالى: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ** ﴾ (الطلاق: ٦).

فلو أنفق على البائنة ظانًا حملها فبانت حـائلاً استرد ما أنفق؛ لأنه لا يجب عليه الإنفاق ما دامت حائلاً، ولأن هذا تضـييع للمال، والإنسان يجب عليه أن يحـافظ على ماله وإلا كان آثمًا فى حق نفسه وفى حق ورثته.

فقد تعارض ظن وواقع، فالظن أنها حامل، والواقع: أنها ليست بحامل، ولا عبرة بالظن البين خطؤه.

الفرع الحادى عشر: إذا ظن أن عليه دينًا فأداه، ثم بان خلافه:

فإذا ظن إنســان أن عليه دينًا فـأداه ثم بان خلافه، فـإنه يستـرد ما دفعـه؛ لأن ذمته غـير مشغـولة، وأن الذى أخذ المال أخـذه بغير حق، فوجب عليـه رده لأنه من أكل أموال الناس بالباطل.

وكذا لو أنفق عـلى شخص ممن تجب علـيه نفقـته كأبيـه أو جده أو فـروعه، على ظن إعساره ثم بان يـسره فله أن يسترد ما أنفـقه، لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبـرة بالظن البين خطؤه.

الفرع الثانى عشر: سرق دنانير ظنها فلوسًا:

بيان ذلك أنه سرق دنانيـر يظنها فلوسًا وجب إقامة حد السرقـة عليه وهو القطع لأنه أخذ المال من حرزه المـعد له شرعًا وبلغ نصابًا، وهنا تعارض ظن وواقع، ولا عـبرة بالظن البين خطؤه، فالظن الخاطئ: هو ظنها فلوسًا، والواقع: أنها دنانير.

ذلك بخلاف مـا لو سرق مالاً يظنه ملكه أو ملك أبيه فـلا قطع، لوجود شبهـة المحل، والحدود تدرأ بالشبهات... ومثل هذا لو وطئ امـرأة يظنها زوجته فلا حد؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، والاشتباه هنا قائم بالفاعل(٢).

(١) المهذب للشيرازى جـ٢/ ١٠٤.

(٢) محاضرات فى القواعد الفقهية، مرجع سابق.

والفرق بين السرقة فى الحالتين:

أنها فى الحالة الأولى: أخذ ملك الغير، أما فى الحالة الثانية فأخذ ملك نفسه، ومن أخذ ماله لم يأثم.

الفرع الثالث عشر: شخص يشترى من تاجر بضائع ويقيد التاجر ما يشتريه الرجل بدفتره، وأراد المشترى دفع ثمن ما أخذه فطلب من التاجر أن يجمع ثمن ما أخذه من التاجر فغلط فبدلاً من طلب ألف طلب ألفين، ودفع المشترى الألفين ثم بعد ذلك تبين له أن المطلوب منه ألف قرش فقط فيكون دفع الألف الثانية للتاجر ظنًا تبين له خطؤه فله استردادها.

كذلك: لو أعطى شخص لآخر مبلغًا من المال ظانًا بأن والده مدين له به ثم تبين له أنه غير مدين، يحق له استرداد ما دفعه لأنه ظن تبين خطؤه تعارض مع واقع فلا عبرة به.

مستثنيات هذه القاعدة:

قال السيوطى: ويستثنى من القاعدة عدة صور خرجت عنها لعلة أخرى:

الصورة الأولى: صلى خلف من يظنه متطهرًا فبان حدثه، صحت صلاته... وكان مقتضى القاعدة أن تبطل لأنها بنيت على ظن تبين خطؤه، ولكن استثنيت من القاعدة وصحت صلاته؛ لأننا لسنا مكلفين بأن نبحث عن طهارة الإمام؛ لأنه أمر فيه مشقة بالغة والله تعالى يقول: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾ (الحج: ٧٨) فالحدث مما يخفى ولا يطلع عليه أحد غالبًا لأنه أمر اعتبارى لا يدرك بالحواس، كما أنه ليست له أمارات تدل عليه.

بخلاف الكفر فله علامات تدل عليه، فلو صلى خلف كافر نسب التقصير إليه، وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة؛ لأننا اعتبرنا الظن وألغينا الواقع.

الصورة الثانية: رأى المتيمم ركبًا فظن أن معهم ماء توجه عليه الطلب وإن لم يكن معهم ماء، فإذا تيمم شخص لفقد الماء وأراد الصلاة، وقبل أن يدخل فى الصلاة رأى جماعة مقبلين فظن أن معهم ماء وجب عليه أن يطلب الماء؛ لأن الله تعالى أمره بالطلب، قال تعالى: ﴿**فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا...**﴾ (المائدة: ٦).

ولا يقال للشخص غير واجد إلا بعد طلب الماء فيتوجب عليه طلب الماء من الركب وإن لم يكن معهم ماء لأن الآية توجب الطلب، وكان مقتضى القاعدة عدم التوجه، ولا يجب عليه الطلب، وعليه يكون الفرع مستثنى من القاعدة؛ لأننا اعتبرنا الظن، ولم نعتبر الواقع[1].

---

(١) محاضرات فى قواعد الفقه، مرجع سابق.

الصورة الثـالثة: خاطب امرأته بالطلاق وهو يظنها أجنبيـة نفذ طلاقه اعتبارًا بالواقع؛ لأنه صادف مـحله، والعبـرة فى العقـود بما فى الواقع ونفس الأمـر، سواء كان الطـلاق بالألفاظ الصريحـة أو المكنية كقـوله فى الكناية: أنت خلية، أو الحـقى بأهلك، فيـقع الطلاق بألفاظ الكناية مع النية[1]، وعليه يكون الفرع من القاعدة لأننا ألغـينا الظن واعتبرنا الواقع، فعد هذا الفرع من المستثنيات محل نظر؛ لأنه لا استثناء هنا.

وقال بعض العلماء: ينفذ الطلاق قضاء لا ديانة، فيجوز له أن يطأها[2].

الصورة الرابعة: مما خرج عن هذه القاعدة ما لو اشترى منقولاً فجاء آخر وطالبه بالشفعة وظن المشترى أن الشفعة تجرى فى المنقول فدفعه له وقبض منه الثمن، ثم علم أن الشفعة لا تجرى فى المنقول فلا يملك استرداده وانعقد بيعًا بالتعاطى[3].

* * *

القاعدة الخامسة عشرة: لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه

معنى القاعدة:

معنى هذه القـاعدة، أن المختلف فى حكمـه بين الفقهاء لا ينكر، ولا يجـوز الاعتراض عليه والإنكار معناه: النهى، وهو توجيه اللوم إلى الفاعل ونهيه عنه.

ومن الأحكام المختلف فـيها بين الفقهـاء الزواج بدون ولى فمن تزوج امرأة بلا ولى، لا ينكر عليه؛ لأنه جائز عند الإمام أبى حنيفة، فهو لا يشترط الولى فى صحة عقد النكاح مطلقًا لحديث «الثيب أحق بنفسـها من وليها»[4] ومن لمس امرأة أجنبيـة وصلى لا ينكر عليه؛ لأن وضوءه لم ينتقض عند الحنفية والإماميـة لأن النبى «قبَّل بعض نسائه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ»[5] فلو قبل حنفى زوجته ثم صلى لا يقال له: إن وضوءك انتقض، لأن اللمس عندهم ولو كان بشـهوة ليس حدثًا بعـينه ولا سببًـا لوجود الحدث غـالبًا فأشبـه لمس الرجل للرجل ولمس المرأة للمرأة[6] وهكذا سائر الفروع.

---

(١) نهاية المحتاج جـ٦/ ٦٨، ومغنى المحتاج جـ٣/ ٢٨.
(٢) المرجع السابق نفسه.
(٣) شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد الزرقا ص٣٥٩.
(٤) نيل الأوطار للشوكانى جـ٦/ ١٣٦.
(٥) الموطأ جـ١/ ٩٢، ٩٣ ونيل الأوطار جـ١/ ٣٣١.
(٦) المبسوط جـ١/ ٦٨ والبدائع جـ١/ ١٤٨.

وإنما ينكر المجمع على حكمه بين الفقهاء، فإذا أجمع العلماء على أمر ثم خالف فيه أحد، فإنه ينكر عليه سواء كان فى الشرعيات أو اللغويات أو العقليات أو الدنيويات لأن المجمع عليه شامل لذلك كله.

فالأول: كحل البيع وحرمة الربا، والثانى ككون الفاء للتعقيب، وثُمَّ للتراخى، والثالث كحدوث العالم، والرابع كالحروب وتدبير أمر الرعية(١)، فإن الإجماع فى كل ذلك؛ حجة فلا يجوز مخالفته ومن خالف فيه فإنه ينكر عليه.

وهذا فى غير المحتسب أما المحتسب وهو من يعينه الحاكم للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، فله أن ينكر على من يخالف الشريعة ولو فى الأحكام التى يجوز فيها الخلاف حتى ولو كانت مندوبة؛ لأن اختصاصات المحتسب مطلقة لا قيد عليها، عدا قيد المصلحة، وهذا يعنى أن نطاق الحسبة يتعلق بكل السبل المشروعة التى تدخل فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر سواء أكان متعلقًا بحق من حقوق الله تعالى خالصًا مثل الأمر بصلاة الجماعة فى المساجد، وزجر من يترك الصلاة بلا عذر، أم بحق من حقوق العباد ذات النفع العام أو الخاص، مثل رعاية المرافق العامة أو مماطلة الديون عند تأخرها على صاحبها دونما عذر، أو بالحقوق المشتركة، مثل إلزام المطلقات بأحكام العدة ويمنع كل ما من شأنه المضايقة فى الطرقات من بروز الحوانيت أو وضع السلع فيها حتى يعوق نظام المرور، ويمنع الحمالين وأهل السفن من الإكثار من الحمل، فقد روى أن عمر ضرب جَمَّالاً؛ لأنه حمل جمله ما لا يطيق بل إن المحتسب كان يمر على أرباب المناصب العظيمة فإذا رأى تقصيرًا فيما ينبغى فعله منهم آخذهم عليه حتى لا يتكرر ذلك منهم(٢).

علة عدم الإنكار:

إن الحكم الثابت مع وجود الخلاف ظنى وليس اعتبار أحد الأمرين أولى من الآخر، ولأن نسبة الحكم المختلف فيه إلى المحرم ليس بأولى من نسبته إلى المحلِّل.

والمراد بالحكم المختلف فيه هنا: الذى لم يضعف مأخذه، فإن كان ضعيف المأخذ بحيث ينقض لو رفع إلى الحاكم وجب نقضه لأنه غير معتبر، ومن ذلك ما إذا قضى بصحة نكاح المتعة، فإن هذا القضاء مخالف للإجماع؛ لأن الصحابة أجمعوا على فساده، وصح رجوع ابن عباس عنه، أو كان الحكم مخالفًا للسنة المشهورة وذلك فيما روى عن عائشة ﵂

---

(١) أصول الفقه لزهير جـ٣/ ١٧٥.

(٢) النظام القضائى فى الإسلام للمؤلف جـ٢/ ٣٧، وما بعدها المؤسسة العربية الحديثة للطبع.

قالت: طلق رجل امرأته ثلاثًا، فتزوجها رجل ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فأردا زوجها الأول أن يتزوجها فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: «لا، حى يذوق الآخر عسيلتها ما ذاق الأول»(١).

فيكون قول سعيد بن المسيب إنه يحصل التحليل بالعقد، مخالفًا للسنة.

ولهذا قال ابن المنذر: لا نعلم أحدًا وافقه عليه إلا الخوارج، ولعله لم يبلغه الحديث، فأخذ بظاهر القرآن(٢)، ففى مثل ذلك ينكر على من خالف السنة الصحيحة أو الإجماع، ومن ذلك أن الأحناف يجيزون شرب القليل من النبيذ الذى لا يوصل إلى حد الإسكار.

أما الشافعية: فإنهم يقولون بحرمته عملاً بحديث رسول الله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»(٣) فينكر على الحنفية.

ومن ذلك نقل الأعضاء البشرية فإن هذه مسألة مجتهد فيها، وإذا كانت القاعدة لا ينكر المختلف فيه فمن باب أولى لا ينكر المجتهد فيه، فإن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد حتى تستقر الأحكام... وإنما ينقض حكم القاضى المخالف لدليل قاطع من نص أو إجماع أو قياس جلى، وهو ما كانت العلة فيه منصوصة، أو كان قد قطع فيه بنفى الفارق بين الأصل والفرع.

وهذا ما فعله عمر، فقد لقى رجلاً كانت له خصومة، فقال له عمر: ما صنعت؟ قال: قضى فيها على بن أبى طالب وزيد بن ثابت بكذا، قال عمر: لو كنت لقضيت بكذا، فقال الرجل: وما يمنعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب أو سنة لفعلت، ولكن أردك إلى رأى والرأى مشترك، ولم ينقض عمر ما حكم به على وزيد(٤).

سر عدم ذكر فروع لهذه القاعدة:

لم يذكر السيوطى رحمه الله تعالى فروعًا لهذه القاعدة لأن كل ما فى الفقه من فروع مختلف فيها بين الأئمة فهى فروع القاعدة أى أن فروعها غير محصورة ومنتشرة فى جميع أبواب الفقه.

مستثنيات هذه القاعدة:

قال السيوطى: ويستثنى صور ينكر فيها المختلف فيه.

الأولى: أن يكون ذلك المذهب بعيد المأخذ، وهو الدليل، بأن تكون دلالة الدليل على

(١) صحيح مسلم بشرح النووى جـ١٠/ ٣٠٢.
(٢) القضاء فى الإسلام تاريخه ونظامه ص٢٤٦.
(٣) نيل الأوطار جـ٨/ ٢٠٢ الطبعة الأخيرة الحلبى.
(٤) القضاء ص١٤٣.

المذهب المخالف دلالة بعيدة، بحيث لو حكم القاضى ورفع الأمر إلى قاضٍ آخر فلا يتردد فى نقضه، فيجوز الإنكار، مثل شرب النبيذ، وهو ما يتخذ من عصير العنب أو التمر أو غيرهما، ويترك حتى يختمر(١).

فالحنفية: يجيزون القليل من النبيذ بخلاف الخمر فإنها حرام لعينها والقليل والكثير فى الحكم سواء أما النبيذ فلا بأس بشرب القليل منه عندهم وإنما يحرم منه ما يعقبه السكر وهو القدح الأخير، قال ابن عباس ﷺ: الكأس المسكرة هى الحرام(٢).

وأما الشافعية: فيمنعون القليل كما يمنعون الكثير فما أسكر كثيره فقليله حرام لما روى عن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبى ﷺ أتاه قوم فقالوا: يا رسول الله إنا ننبذ النبيذ فنشربه على غدائنا وعشائنا، فقال: اشربوا فكل مسكر حرام، فقالوا: يا رسول الله إنا نكسره بالماء، فقال: حرام قليل ما أسكر كثيره»(٣).

وعن سعد بن أبى وقاص «أن النبى ﷺ نهى عن قليل ما أسكر كثيره»(٤).

وإنما حرم القليل وإن كان لا يسكر حسمًا لمادة الفساد، كما حرم تقبيل الأجنبية والخلوة بها لإفضائه إلى المحرم... وسواء فيه المتفق على تحريمه والمختلف فيه، وسواء جامده ومائعه، مطبوخه ونيئه وسواء تناوله(٥) معتقدًا تحريمه أو إباحته على المذهب لضعف أدلة الإباحة، فلو قضى الحنفى بجواز شرب النبيذ جاز للقاضى الشافعى أن ينكر عليه ما قضى به لأنه مخالف للنص والإجماع والقياس، ولا يلتفت إلى قول من حكى عنه إباحته فقد قام الإجماع على أن قليل الخمر وكثيره حرام، وثبت قوله ﷺ «كل مسكر حرام» ومن استحل ما هو حرام كفر بالإجماع(٦).

مخالفته للقرآن:

أما مخالفة شرب قليل النبيذ غير المسكر للقرآن، فإن الله تعالى يقول:

﴿ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ** ﴾ (البقرة: ٢١٩) فالآية

(١) المعجم الوجيز ص٥٩٥.
(٢) المبسوط لشمس الأئمة السرخسى المجلد الثانى عشر ص٩.
(٣) رواه الدارقطنى (نيل الأوطار شرح الأخيار جـ٧/ ٢٠٢).
(٤) رواه النسائى والدارقطنى المرجع السابق نفسه.
(٥) مغنى المحتاج جـ٣/ ١٨٧.
(٦) نيل الأوطار جـ٧/ ٣١٥.

مطلقة، ولم تفرق بين القليل والكثير، فمن قال بإباحة القليل منه فهو ضعيف يرده النظر والخبر.

فإن قيل: إن النبيذ ليس بخمر

رد عليه: بأنها خمر بإطلاق اللغة لأن الخمر هو ما خامر العقل؛ لأنها تخالطه، من المخامرة وهى المخالطة، فلما كانت الخمر تستر العقل وتغطيه سميت بذلك[١].

مخالفته للقياس:

وأما مخالفته للقياس فلأن كل مادة تحققت فيها العلة ثبت فيها التحريم ولا دخل لأصل المادة، فالعلة هى: الإسكار، وهى موجودة فى الأنبذة، فعن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام»[٢].

مخالفته لسد الذريعة:

كذلك ينكر على الحنفية إباحة النبيذ سداً للذريعة، وهو مبدأ معمول به فى الشريعة الإسلامية، وفيه جاء قوله ﷺ: «فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه»[٣].

ولهذا يحد الحنفى بشرب النبيذ لو رفع أمره إلى قاض غير حنفى بأن كان مالكيّاً أو شافعيّاً أو حنبليّاً فله أن يقيم عليه الحد؛ لأنه لا يجوز للحاكم أن يحكم بغير ما يعتقد صحته أو بغير مذهبه إن كان مذهب غيره ضعيفاً.

بل لو كان القاضى حنفيّاً وحكم فى النبيذ بعدم الحد نقض حكمه أيضا؛ لأنه مخالف للنص فى قوله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» ومخالف للقياس على الخمر بأن الكل مسكر، ومخالف للمقاصد الكلية ومنها: حفظ العقل، وعليه فقد استثنوا هذه الصورة من قاعدة: (لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه) لأن الخلاف فيها لا اعتداد به، فأصبح كالمجمع عليه سداً للذريعة[٤]، وكان مقتضى القاعدة: لا ينكر شرب النبيذ؛ لأنه مختلف فيه، ولكنه أنكر للأدلة السابقة.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبى جـ٣/ ١٥١ الطبعة الثالثة.

(٢) رواه الجماعة إلا البخارى وابن ماجه (نيل الأوطار جـ٧/ ١٩٥).

(٣) رواه البخارى ومسلم انظر: الحلال والحرام والشبهات مفتاح كنوز السنة لمحمد فؤاد عبد الباقى ص١٥٦، ورواه الإمام النووى فى رياض الصالحين باب الورع وترك الشبهات وقال: متفق عليه.

(٤) محاضرات فى قواعد الفقه لطلبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، مرجع سابق.

حكم شهادة شارب النبيذ:

فى قبول شهادة شارب النبيذ: يقول الشافعية: بإقامة الحد وقبول شهادته، وقال المالكية: بإقامة الحد وعدم قبول شهادته لأنه فاسق، والفاسق ترد شهادته ولا تقبل.

الثانية: مما ينكر على الحنفى، قضاء الحنفى بقتل المسلم بالذمى: فيجوز لغيره أن ينقضه؛ لأن مأخذ الحنفية فى هذا الحكم ضعيف، وذلك لأن من شروط القصاص المساواة بين القاتل والمقتول، ولا حجة فى قوله تعالى: ﴿**وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾ (المائدة: ٤٥) فقد صرح أهل الأصول بأن هذا العموم مخصص بأحاديث الرسول ﷺ ومنها قوله ﷺ: «لا يقتل مسلم بكافر»[١] وما روى أنه قتل مسلمًا بمعاهد وقال: «أنا أكرم من وفى بذمته» فهو مرسل من حديث عبد الرحمن البيلمانى وهو ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث فكيف إذا أرسله؟[٢].

الثالثة: أن يكون للمنكر حق على المنكر عليه[٣]: مثل الزوج بالنسبة لزوجته، فالزوج له حق التأديب على الزوجة، فلو كانت الزوجة حنفية تعتقد إباحة النبيذ والزوج يعتقد عدم إباحته لكونه شافعيًا فمن حق الزوج الإنكار على زوجته لأن له حقًا فى أن ينشئ أولاده على حب الفضيلة والبعد عن الرذيلة والأخلاق الفاسدة ويهيئ البيت لتربية الأسرة كلها تربية صالحة وقديمًا قالوا: وينشأ ناشئ الولدان فينا على ما كان عوده أبوه.

وكان مقتضى القاعدة: عدم الإنكار عليها، لكن العلماء قالوا: له حق الإنكار، وعليه فتكون هذه المسألة خارجة عن القاعدة.

ويدخل فى ذلك شرب الدخان فالأصل فى حكمه الكراهة وقد يكون الحكم بالتحريم وعليه فإذا كانت الزوجة تدخن فللزوج الإنكار عليها ومنعها منه، وإن كان شرب الدخان محل خلاف، لأن من مصلحة الزوج أن لا تكون زوجته مدخنة.

ومن ذلك أيضًا: أكل الثوم والبصل... وكل أمر ينقص من حق الزوج فى استمتاعه بزوجته يكون من حقه منعها منه لعظم حقه عليها، وعلى الزوجة أن تطيعه فى ذلك وفيما لا معصية فيه.

قال السيوطى ـ رحمه الله تعالى ـ: وكذلك الذمية له منعها على الصحيح عند الشافعية من شرب النبيذ، وإن كان حلالا عند أهل الذمة، لأنه تعارض مع حقه فى الاستمتاع بها،

(١) يراجع: نيل الأوطار جـ٧/ ١٢.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ١٧٥.

وخوفه على أولاده من أن يتعلموا شرب المسكرات وفى ذلك مفسدة عظيمة، ومقابل الصحيح: ليس له أن ينكر على زوجته شرب النبيذ والدخان ولو ذمية أو حنفية بأن كانت تعتقد حل شربه، وإذا فلا فرق بين الذمية والحنفية فى هذا الأمر، والله أعلم.

* * *

القاعدة السادسة عشرة: الميسور لا يسقط بالمعسور(١)

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الشارع لو كلفنا بأمر، تيسر لنا فعل بعضه وتعسر علينا البعض الآخر، فلا يسقط الذى تيسر بما شق أو عسر، بل نأتى بالميسور ثم يسقط المعسور.

وعليه، فكل أمر يستطيع المكلف فعله وهو يسير عليه لا يسقط بما يشق عليه فعله أو عسر، وهذه القاعدة من الأصول التى لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة ومقاصدها العامة.

دليل القاعدة:

هذه القاعدة يستدل عليها بالكتاب والسنة:

١- أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا**﴾ (البقرة: ٢٨٦) ففى هذه الآية الكريمة نص الله تعالى على أنه لا يكلف العباد إلا بما وسعهم وفى مقتضى إدراكهم، ما كان منها من أعمال القلوب أو الجوارح، وبهذا انكشفت الكربة عن المسلمين(٢)، فلا يجوز تكليف إلا بما يطاق من الأحكام.

٢- وأما السنة فمنها أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»(٣).

قال ابن السبكى: هذه القاعدة مستنبطة من هذا الحديث وفيها دليل على أنه إذا تيسر البعض وتعسر البعض وجب الإتيان بالميسور لأنه لا يسقط بالمعسور وقد استخرج منه أيضًا قواعد أخرى منها: «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح» و «الموازنة بين المصالح والمفاسد».

والمراد بدرء المفاسد إزالتها فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة فدفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة فى الغالب إلا أن تكون المفسدة مغلوبة.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٧٦. (٢) أحكام القرآن للقرطبى المجلد الثالث ص٤٢٩.

(٣) رواه ابن ماجه من حديث أبى هريرة رضي الله عنه، فى المقدمة ١ ورواه البخارى فى كتاب الاعتصام ٦، ورواه مسلم فى كتاب الفضائل ١٣٠، ٤١٣.

فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالى بفوات المصلحة قال تعالى: ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ﴾ (البقرة: ٢١٩) فالله تعالى حرم الخمر والميسر لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما.

وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة، وأقرب مثال لذلك: التلفظ بكلمة الكفر فهو مفسدة محرمة لكنه جائز بالحكاية والإكراه، إذا كان قلب المكرَه مطمئنًا بالإيمان؛ لأن حفظ المهج والأرواح أكمل مصلحة من مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدها الجنان، ولكنه لو صبر عليها لكان أفضل لما فيه من إعزاز الدين وإجلال رب العالمين[١]، ومن أجل ذلك كان اعتناء الشارع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات، لما يترتب على المناهى من الضرر المنافى لحكمة الشارع فى النهى.

والاستنباط أصله الحقيقى استخراج الماء من الأرض بالحفر واستعماله فى أخذ الحكم من القواعد مجازى، حيث شبه الوصول إلى الحكم الشرعى بالاجتهاد من القواعد بوصول الرجل إلى الماء بالحفر، بجامع أن كلا منهما يخرج فاقدًا، وبهذه القاعدة رد الشافعية على أبى حنيفة قوله: «إن العريان يصلى قاعدًا»[٢] لأنه يناجى ربه فينبغى أن يناجيه على أكمل وجه؛ ولأن يناجيه على حالة أستر خير من أن يناجيه على حالة أفحش.

فرد الشافعية عليه بأن الصلاة المأمور بها يجب أن تكون كاملة الأركان والشروط، فإذا عجز المكلف عن بعضها وتيسر البعض الآخر فلا يسقط الميسور وهو القيام بالمعسور وهو ستر العورة لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».

فروع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطى لهذه القاعدة فروعًا نختار منها ما يلى:

الفرع الأول: إذا قطع من رجل بعض الأطراف كاليد مثلاً، فيجب عليه فى الطهارة غسل الباقى جزمًا لأنه ميسور، والمقطوع معسور والميسور لا يسقط بالمعسور لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».

الفرع الثانى: القادر على بعض السترة يستر به القدر الممكن من أمام لأنه يستقبل به القبلة لأنه ميسور وستر الكل معسور «والميسور لا يسقط بالمعسور» وهذا من ذوق التشريع الإسلامى، وقيل: يستر به الدبر لأنه أفحش لا سيما فى الركوع[٣]، والأول أولى.

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للإمام عز الدين بن عبد السلام جـ١/ ٩٨، ٩٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٧٦. (٣) المغنى لابن قدامة جـ١/ ٥٩٦.

الفـرع الثـالث: القادر على بعض الفاتحة فى الصلاة يأتى به بـلا خلاف لأنه ميسور فلا يسقط بالمعـسور وهو قراءة الكل، على أن يكمل بقدر الفاتحـة وهى سبع آيات من القرآن إن أحسن قراءة شىء من القرآن لأن النبى ﷺ أمر الذى لا يحسن شيئًا من الفاتحة وكان يحفظ غيرها من القرآن أن يـقرأ منه بقدرها إن قدر، لا يجزيه غيره لـما رواه أبو داود عن رفاعة ابن رفاع أن النبى ﷺ قال: «إذا قمت إلـى الصلاة، فإن كان معك قرآن فاقـرأ به، وإلا فاحمد الله وهلله وكبره» ولأنه من جنسها فكان أولى أن يقرأ بعدد آياتها[١].

الفـــرع الرابع: إذا لم يستطع المصلـى رفع اليدين فى الصلاة حذو منكبيـه حتى تحاذى أطراف أصابعه أعلى أذنيه وإبهاماه شحمتى أذنيـه وراحتاه منكبيه فإن لم يستطع ذلك ولم يقدر عليه إلا بزيادة على المشروع أو أنقص منه أتى بالممكن[٢]، لأنه ميسور، والمعسور عليه هو القدر المشروع، والميسور لا يسقط بالمعسور.

الفرع الخامس: إذا كان محدثًا حدثًا أكبر أو أصغر وعليه نجاسة سواء على بدنه أو ثوبه، والماء الذى معه لا يكفى إلا لأحدهما فقط، فعليـه غسل النجاسة قطعًا لأن غسل النجاسة لا بد منها.

بخلاف رفع الحدث فله بدل وهو التيمم، وهذا هو وجه الجـزم، ولا يجوز عند الشافعية أن يتيمم قبل إزالة النجاسة لأنه يصدق عليه أنه يتيمم ومعه ماء، وهذا كلام صورى لأن وجود الماء فى هذه الحالة ينزل منزلة العدم.

وجه التفريع:

غسل النجاسة هو الميسور والمعسور هو رفع الحدث بالماء والميسور لا يسقط بالمعسور.

ويلاحظ بأنه لا يوجد رأى فى الفقه يقول بأن التيمم يزيل النجاسة الحسية[٣].

الفرع الـسادس: لو عجز عن الركوع والسجود دون القـيام، لم يسقط عنه القيام ويصلى قائمًا عند الشافعيـة، لأنه ميسور، والركوع والسجود معسور، فيـأتى بالميسور وهو القيام لأنه ركن وهو ميسور.

وهذا فى حق غير القادر والسجود الكامل، أما إذا كان قادرًا على الإيماء، فإنه يجب عليه أن يومئ بالركوع والسجود بقدر الإمكان ويجعل الإيماء بالسجود أخفض من الإيماء بالركوع؛ لأنه داخل فى الميسور فلا يسقط بالمعسور[٤].

وقال أبو حنيـفة: يسقط القيـام، لأن القيام إنما شـرع وسيلة للركوع والسـجود، وما دام

---

(١) المرجع السابق جـ١/ ٤٨٧، ٤٨٨.
(٢) مغنى المحتاج جـ١/ ١٥٢.
(٣) شرح منهج الطلاب جـ١/ ٢١١، ٢١٢.
(٤) المغنى لابن قدامة جـ٢/ ٢٤٥.

تعذر عليه، فلا فائدة منه فيصلى من قعود؛ لأنها صلاة لا ركوع فيها ولا سجود فسقط القيام كصلاة النافلة على الراحلة[١].

والراجح: ما ذهب إليه الشافعية إذ لا دليل على أن القيام مقصود لغيره لا لذاته، لأنه فرض واجب بالإجماع لا تصح الصلاة من القادر عليه إلا به... بل لو قال مسلم: أنا أستحل القعود فى الفريضة بلا عذر أو قال القيام فى الفريضة ليس بفرض كفر إلا أن يكون قريب عهد بإسلام، لقوله تعالى: ﴿**وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ**﴾ (البقرة: ٢٣٨) ولقوله ﷺ لعمران ابن حصين: «صل قائمًا»[٢].

الفرع السابع: نقل العراقيون عن نص الشافعى أن الأخرس يلزم أن يحرك لسانه بدلاً عن تحريكه بالقراءة كالإيماء بالركوع والسجود، فالميسور تحريك اللسان فلا يسقط بالمعسور وهو القراءة.

والدليل: القياس على الإيماء، لأن فى تحريك لسانه إشارة إلى أنه يصلى كالذى يومئ بالركوع والسجود.

فالعلة: أن فى كل منهما إيماء فى أنه يصلى، فإن قيل: إن العلة فى المقيس عليه قوية، وفى المقيس ضعيفة؛ لأن الإيماء بالركوع والسجود يحقق المقصود منه، ففيه هيئة خضوع، بخلاف تحريك اللسان إذ لا يحقق شيئًا من القراءة فى الأخرس ففى ذلك هيئة قراءة فقط ومن شروط التكليف أن يكون سليم الحواس، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة.

فيرد عليه: بأنه لا يشترط أن تكون العلة متساوية متى وجد الأصل.

الفرع الثامن: المقطوع الساعد من المرفق يجب عليه غسل رأس عظم العضد على المشهور لأنه ميسور والميسور لا يسقط بالمعسور وذلك بناء على أن الغاية داخلة فى المغيا.

ومقابل المشهور: لا يجب عليه غسل رأس عظم العضد؛ لأن الغاية غير داخلة.

والمقابل ضعيف: لدخول الغاية فى المغيا بقرينتى الإجماع والاحتياط للعبادة[٣].

الفرع التاسع: إذا وجد المكلف بعض الصاع[٤] فى الفطرة يلزمه إخراجه فى الأصح لأنه ميسور والميسور لا يسقط بالمعسور وهو إخراج بقية الواجب.

---

(١) المجموع شرح المهذب للنووى جـ٣/ ٣٥٨.

(٢) أخرجه البخارى وأبو داود والترمذى (جامع الأصول فى أحاديث الرسول لابن الأثير جـ٥/ ٣١٢ الفرع الثانى فى القيام والقعود).

(٣) مغنى المحتاج جـ١/ ٥٢.

(٤) الصاع أربعة أمداد، والمد: حفنة بكفى الرجل المعتدل الكفين ويساوى قدحًا وثلثًا أو قدحين، فالصاع مكيال تكال به الحبوب وغيرها، يراجع: المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية ص٣٧٤.

ومقـابل الأصح: لا يجب عليه الإخراج لأنـه لا يصدق عليه إخـراج زكاة الفطر؛ ولأن التكليف متعلق بالصاع، فالرسول ﷺ طلب صاعًا وحيث لا يوجد يعتبر فقيرًا وعليه فالفرع خارج عن القاعدة وعلى الأصح يكون الفرع من القاعدة.

والصاع: قدحان عند الشافعية[١] والحنفية، وقدح وثلث عند المالكية، والتحقيق أنه قدح وثلث كمذهب مالك.

الفرع العـاشر: لو انتهى فى الكفارة المرتبة وهى كـفارة الظهار أو الإفطار فى رمضان إلى الإطعام ولم يجد إلا إطعام ثلاثين مسكينًا.

فالأصح وجوب إطعام الثلاثين؛ لأنه ميسور والميسور لا يسقط بالمعسور وهو إطعام بقية الستين لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».

ومقـابل الأصح: لا يجب عليه إطعـام الثلاثين لأن هذا الإطعـام لا يسمى كـفارة، ولا يصدق عليه اسم كفارة، ولأن الله تعالى قال: «ستين» وغير القادر على الستين يكون غير قادر على الكفارة.

وعلى الأول: يلتزم بالباقى فى ذمته، لأنه لا بدل له والميسور لا يسقط بالمعسور[٢].

الفرع الحـادى عشر: من لم يستطع القيام فى الصـلاة صلى قاعدًا، وإن لم يستطع صلى مضطجعًا، وإن لم يستطع الركوع أو السجود أدى ما استطاع ولو بالإيماء، عملاً بالقاعدة.

الفرع الثـانى عشر: من عجز عن سداد كل الدين أدى ما قدر عليه، وإذا عجز عن سداده دفعة أداه مقسطًا، لقوله ﷺ «فأتوا منه ما استطعتم».

الفرع الثالث عشر: إذا كان محدثا وعليه نجاسة ووجد ماء لا يكفى الوضوء والغسل، أو على بدنة نجاسة والماء الذى معه لا يزيل إلا بعضها، فى هذه المسألة قولان:

١- الأظهر: وجـوب استعمـاله فى الأول وهو الحدث لأن غسل بعض أعضـاء الوضوء ميسور وغسل الباقى معسور، والميـسور لا يسقط بالمعسور، وجب أن يكون ذلك قبل التيمم ويتيمم على البـاقى لئلا يتيمم ومعـه ماء، وكذلك يزيل بعض النجاسة ثم يتـيمم عن الحدث ويكون ذلك بالترتيب.

٢- مقابل الأظهـر: يجب أن يزيل النجاسة عن الثوب ولا يستعـمل هذا الماء فى صورة الحدث ما دام لا يـكفى لرفعه لأنه يلزم منه طهارة مـبعضة بعـضها ماء وبعضـها تراب، وهو الذى نرجحـه لأن الطهارة المبعـضة لم توجد فى الشـريعة، وأما قوله ﷺ: «فـأتوا منه ما استطعتم» فـمعناه إذا وقع الموقع وكان كافـيًا، فوجود القليل كلا وجـود، كما أنه لم يرد عن

(١) مغنى المحتاج جـ١/ ٤٠٥.
(٢) المرجع السابق جـ٣/ ٣٦٧.

رسول الله ﷺ قولاً أو فعلاً أو تقريراً بالطهارة المبعضة، أما فى إزالة النجاسة فيستعمل فيها الماء[١].

الفرع الثالث عشر: إذا ملك نصابًا من المال وحال عليه الحول، وكان بعض هذا المال عنده، والبعض الآخر فى بلد فوق مسافة القصر، فهل يخرج الزكاة عن الموجود عنده أو ينتظر حتى يخرج الزكاة عن الجميع؟ فى هذه المسألة رأيان:

أحدهما: أنه يخرج الزكاة عما فى يده من المال لأنه ميسور له ما دام فى بلده، وإذا حضر الباقى أخرج زكاته، لجواز أن يكون النصف الآخر قد تلف، فالبعض ميسور وهو معه والآخر معسور وهو الغائب، والميسور لا يسقط بالمعسور وهذا أحد قولى الشافعى وهو أقواهما[٢].

٢- **والثانى**: لا يجب عليه إخراج الزكاة عن المال الموجود معه بل ينتظر حتى يصل بقية النصاب فيخرج عن الكل لأن النصاب غير موجود معه، وعليه فالأصح مع القاعدة، ومقابل الأصح خارج عن القاعدة.

الفروع المستثناة من هذه القاعدة:

قال السيوطى: خرج عن هذه القاعدة مسائل منها:

١- القادر على صوم بعض يوم من الفجر إلى الظهر ولم يستطع أن يكمل اليوم، لا يلزمه الإمساك، وكان مقتضى القاعدة أنه يجب عليه الإمساك لأنه ميسور ولكنه خرج عن القاعدة؛ لأنه لم يشرع صوم بعض يوم فليس فى الشرع صوم بعض يوم، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة، لأننا أسقطنا الميسور بالمعسور.

٢- حق الشفعة يكون للشريك عند الشافعية، وللشريك والجار عند الأحناف، فلو كان الشفيع ليس معه إلا بعض ثمن الشقص أى النصيب فهل يلزم الشارع الشريك البائع أن يعطيه بالشفعة؟ فى هذه المسألة لا يأخذ بعض الشقص لأنه إما أن يأخذ الكل أو يترك الكل، فالشفعة إنما شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر، فلو أخذ الشفيع النصف وترك النصف للمشترى الجديد لتحقق ضرر للشريك البائع وضرر للمشترى، والضرر يزال، فحق الشفعة إذن لا يتجزأ، فإذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص[٣] وكان مقتضى القاعدة جواز ذلك؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور وعليه الفرع خارج عن القاعدة على سبيل الاستثناء.

---

(١) محاضرات فى القواعد الفقهية لأستاذنا الدكتور جاد الرب: ٣٦.

(٢) القواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية ص٩٠ مكتبة السنة المحمدية بتحقيق حامد الفقى.

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٥/ ٦٧.

٣- إذا اطلع المشترى على عيب أخفاه عليـه البائع فيجب الرد فورًا أو الإشهاد على هذا العيب إذا كان البائع غائبًا، فإذا لم يتيسر له الرد ولا الإشهاد عليه، فلا يلزم التلفظ بالفسخ فى الأصح، ويؤخر التلفظ بالفسخ لحين الوصول إلى الحاكم أو البائع نفسه.

وكان مقـتضى القاعدة أن يتلفظ بالفـسخ لأنه ميسور، لكنهم قـالوا: لا يلزمه التلفظ فى الأصح، وعليه فهو مستثنى من القاعدة.

ومقـابل الأصح: يلزم التلفظ؛ لأنه ميـسور فـلا يسقط بالمعـسور وهو وجـود البائع أو الحاكم، وعليه يكون الفرع من القاعدة.

٤- ومنها عند الحنابـلة: إذا عجز فى الصلاة عن وضع جـبهتـه على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود، فإنه لا يلزمه ذلك عـلى الصحيح؛ لأن السجود على بقية الأعضاء إنما وجب تبعًا للسجود على الوجه وتكميلاً له(١).

ويلاحظ فى فروع القاعدة، أن الأصح يكون حكمه موافـقًا لحكم القاعدة، وفى الاستثناء يكون العكس.

* * *

القاعدة السابعة عشرة: (ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله)(٢)

معنى القاعدة:

مـعنى هذه القاعـدة أن الشىء الذى لا يقبل الـتجـزئة من الأحكام إما أن يثـبت كله، أو يسقط كله، ولا أثر لاختـيار المكلف فيه، فاخـتيار بعضه يكون كـاختيار كله وإسقـاط بعضه يكون كإسقاط كله.

وهذه القاعدة ذات شقـين متلازمين، ولا يغنى أحدهما عن الآخر لأنه قد يتـحقق إسقاط دون اختيار فـأتى بالجزأين للحاجة إليهمـا فى الفروع، وذلك لأن اختيار بعضـه جزء وإسقاط بعضه جزء وكل منهما لا يغنى عن الآخر.

وعبر ابن نجيم الحنفى عن هذه القاعدة بقوله: «ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله»(٣).

---

(١) قواعد ابن رجب القاعدة الثـامنة ومنها (من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقـيها هل يلزمه الإثبات بما قدر عليه منها أو أم لا؟).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٧٨.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦٢.

فروع القاعدة:

هذه القاعدة لها فروع كثيرة فى أحكام الفقه المختلفة ذكرها الإمام السيوطى وأهمها ما يلى:

الفرع الأول: إذا قال الزوج لزوجته: أنت طالق نصف طلقة، أو بعضك طالق، وقع الطلاق لأن الطلاق لا يقبل التبعيض؛ لأن الطلاق يرفع العصمة وهى حل الاستمتاع، والاستمتاع لا يتجزأ كما أن الاحتياط فى الأبضاع يستدعى وقوع الطلاق؛ لأننا إذا لم نقل ذلك لدار الأمر بين كونه طلق وكونه لم يطلق فكان إيقاع بعضه كإيقاع كله لقوته، وقد حكى فيه ابن المنذر الإجماع.

وهذا الفرع لا يتأتى فيه إسقاط بل فيه اختيار، وحيث اختار ما لا يقبل التبعيض فقد اختار كله(١).

الفرع الثانى: إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه أو عفى بعض المستحقين عن حقهم فى القصاص سقط كله؛ لأن إسقاط بعض القصاص كإسقاط كله؛ ولأنه حد كباقى الحدود يدرأ بالشبهات، والعفو عن بعضه شبهة، ولأن الموت لا يتجزأ.

فكان إسقاط البعض كإسقاط الكل، وهذا بالاتفاق حيث لم يخالف فيه أحد.

وقد ورد فى الكتاب الكريم والسنة المطهرة ما يرغب فى التصالح والعفو عن القصاص فقال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَىٰ بِالأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾ (البقرة: ١٧٨).

فقد بنيت الآية الكريمة أن الله شرع القصاص فى قتل العمد، وحكمة ذلك ردع أهل العدوان عند الإقدام على قتل الأنفس إذا علموا أن جزاءهم القتل، ومن حكمة ذلك أيضًا: تطمين أولياء القتلى بأن القضاء ينتقم لهم ممن اعتدى على قتيلهم قال تعالى: ﴿**وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا**﴾ (الإسراء: ٣٣) أى لئلا يتصدى أولياء القتيل للانتقام من قاتل مولاهم بأنفسهم لأن ذلك يفضى إلى إتلاف الأنفس... ولكنه بعد أن ذكر حق القصاص بين أن الأخذ به ليس واجبًا عليه ولكنه حق فقط للإيماء إلى أن الأولى بالناس قبول الصلح استبقاء لأواصر أخوة الإسلام(٢)، وقد اتفق جميع المفسرين على أن المقصد من الآية الترغيب فى المصالحة عن

(١) محاضرات فى القواعد الفقهية ص٤٢، ومغنى المحتاج جـ٢/ ٢٩٨.

(٢) انظر: تفسير التحرير والتنوير لابن عاشور جـ٢/ ١٤٠.

الدماء والعفو عن القـاتل وإذا عفا بعض أولياء المقتول سقط القـصاص وإيثار هذا الفعل لأنه يؤذن بمراعاة التيسير والسماحة وهى من خلق الإسلام(١).

وروى عن أنس بن مالك قال: «ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شىء فيه قصاص إلا أمر فـيه بالعفو» وحـديث عمر وعبـد الله بن مسعود أنهـما قالا: إذا عفـا بعض المستحـقين للقصاص، صح عفـوه وسقط القصاص ولم يبق لأحد عليه من سبـيل وانقلب نصيب الباقين مالاً(٢)، ولا مخالف لهما من الصحابة(٣).

الفـرع الـثـالث: إذا عفا الشفـيع عن بعض حقه، فالأصح سقوط حقـه كله كالقصاص، بجامع أن كلا منهـما لا يقبل التجزؤ، فإسـقاط البعض كإسقاط الكل؛ ولأن كـلا منهما شرع لدفع الضرر، فإذا عفا الشفيع عن البعض وأخذ البعض لم يندفع الضرر.

ولذلك كان المـستحق للشفـعة إما أن يأخذ الحق المـشفوع فيه كله أو يتـركه كله، لأن التجزئة تتنافى مع مـا شرعت الشفعة من أجله وهذا هو الأصح، فإذا أسـقط بعض حقه سقط حقه كله كالقود.

ومقابل الأصح: لا يسقط شىء أبدًا؛ لأن التبعيض تعذر فيبقى حقه كعفوه عن بعض حد القذف فى وجـه لأن التنازل عن بعض الحد لا يسقط شـيئًا، وفى وجـه يسقط ما عـفا عنه، ولعل الفرق بين حد القذف والقـصاص حيث سقط كله بإسقاط بعضه أن فـيه حقن الدماء وله بدل وهو الدية(٤).

أما حد القذف فـقد شرع تأديبًا وردعًا وزجرًا فـإذا أسقط بعضه تنافى ذلك مع مشـروعيته وقد علق على ذلك أستاذنا الدكتور جاد بقوله: قياس الشفعة على القصاص والطلاق قياس مع الفارق لأمور:

الأول: القصاص حق يسقط بالشبهة بخلاف الشفعة.

الثانى: القصاص له بدل بخلاف الشفعة.

الثـالث: القصاص يثبت للميت ابتداء ثم ينتقل بعد ذلك للورثة بخلاف الشفعة فإنه يثبت لكل واحد من الشفعاء ابتـداء ففارقت الشفعة القصاص، وكذلك الأمر فى قـياس الشفعة على الطلاق، فهو قياس مع الفارق؛ لأن المشفوع فيه قابل للتجزئة والطلاق غير قابل، ومتى وجد فرق بين المقيس والمقيس عليه كان القياس باطلاً(٥).

---

(١) رواه البيهقى التلخيص الحبير جـ٤/ ٢١. (٢) المغنى لابن قدامة جـ٧/ ٧٤٣ وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦٢.

(٤) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج جـ٥/ ٢١٤.

(٥) محاضرات فى القواعد الفقهية ص٤٣.

أما مقابل الأصح فلا يسقط كل الحق لأنها شرعت لدفع الضرر وبعض الشيء المباح فيه نفع له وهو توسعة حقله أو منزله وعلى مقابل الأصح يكون الفرع خارجًا عن القاعدة.

الفرع الرابع: هل للإمام إرقاق بعض الأسير؟ فيه وجهان:

الوجه الأول: له أن يسترق بعض الأسير وعليه يكون الفرع خارجًا عن القاعدة؛ لأن الرق يقبل التجزئة، أما عند الشافعية فلا يقبل.

الوجه الثاني: ليس له أن يسترق بعض الأسير؛ لأن الحكمة من ضرب الرق عليهم إضعاف قوتهم، فلو جاز للإمام أن يسترق البعض لما تحقق المقصد من مشروعية الاسترقاق، ولذلك نقول: لا، فضرب الرق على البعض رق للكل؛ لأنه لا يقبل التجزئة، وعليه فالفرع من القاعدة.

قال الرافعي: ويجوز أن يقال: لا يسترق شيئًا؛ لأن إسقاط بعضه إسقاط كله، وضعفه ابن الرفعة بأن فى إرقاق كله درءًا للقتل، وهو يسقط بالشبهة لأن رق بعضه شبهة كالعفو عن القصاص.

ثم وجهه ابن الرفعة بنظيره من الشفعة، فإن عفا الشفيع عن البعض فالأصح سقوطه كله، وهنا كذلك إرقاق البعض إرقاق للكل.

الفرع الخامس: لو قال رجل: أحرمت بنصف نسك كنصف حج أو عمرة، انعقد هذا الإحرام بنسك كالطلاق فاختيار البعض كاختيار الكل؛ ولأن كلا من الحج والعمرة لا يتجزأ ولا نظير لهما فى العبادات، فلو قال: لله عليَّ أن أصلى نصف ركعة أو أصوم بعض يوم، لا يلزمه شيء عند الشافعية.

وقال أبو يوسف: يلزمه صوم يوم كامل، وصلاة ركعتين، فاختيار البعض كاختيار الكل وعلى هذا فالفرع له نظير فى العبادات.

ورأى أبى يوسف المعتمد عند الحنفية، وموافق للقاعدة وهو أن اختيار البعض اختيار للكل[(١)].

الفرع السادس: حد القذف وهو الرمى بالزنا فى معرض التعيير، وقد ذكر الرافعى أن العفو عن بعض حد القذف لا يسقط شيئًا منه واستشهد بالوجه القائل بمثله فى باب الشفعة، وتبعه جماعة آخرهم السبكى.

إلا أن ابن السبكى نفى ذلك فقال: لم يذكر الرافعى مسألة العفو عن بعض حق الشفيع، وإنما ذكر فيه مسألة عفو بعض الورثة وهذه المسألة فيها ثلاثة أوجه مشهورة وهى:

---

(١) المرجع السابق ص٤٤.

١- لو عفا بعض الورثة يسـقط حد القذف كله بناء على أن إسقاط البـعض إسقاط للكل عملا بالقاعدة.

٢- لو عفا البعض لا يسقط شيء تغليبًا لجانب اختيار البعض اختيار للكل.

٣- الأصح أنه لو عفى بعض الورثة فلمن بقى استيفاء جميعه، وهذا الرأى يؤيده أن حق القذف لا يتبعض بدليل أن من بـقى من الورثة له استيفاء الحد كامـلاً، وعليه فالفرع ليس من القاعدة.

اعتراض وجوابه:

اعترض ابن السبكى على ذلك بأن حد القذف جلدات معروفة العدد وهى: ثمانون جلدة، ولا شك فى أن الشخص المـقذوف لو عفـا بعد جلد بعضـها سقط مـا بقى منها، فكأن ابن السبكى يرى أن إسقاط البعض كإسقاط الكل وبناء على هذا فإنه يقبل التجزئة، وإذا أسقط من الجلدات فى الابتداء قدرًا معلومًا منه، فإنه يقبل منه ويسقط من الجلد مقدار ما أسقطه.

ويجاب عن ذلك:

١- أنه إذا عفا عن بعض الجلدات، فليس العفو مقصورًا على ما بقى، وإنما على الجلد كله.

٢- ولأنه يغتفر فى الدوام ما لا يغتفر فى الابتداء فوجد فارق فسقط النظر.

٣- وبأن هذا الأمر غير معروف لدى الفقهاء.

وهذا معناه أن حد القذف لا يتجزأ بل يثبت كله أو يسقط كله.

الأثر الفقهى المترتب على هذا الخلاف:

إذا كان اخـتيار البعـض اختيار الكل فـهل هو بطريق السراية أو بطريق المـجاز أو يكون اختـياره للبـعض هو نفس اختـياره للكل؟ فيـه خلاف وهذا الخـلاف يظهر أثره فى المـسائل المتعلقة بتبعيض الطلاق والخلع.

معنى السراية:

السراية: هى الانتـقال القهرى من البـعض إلى الكل فلا اختيـار له فيها ولا يسـتحق فى مقابلها شيء، وهذا هو المعنى الحقيقى للسـراية، أما المعنى المجازى لها فهو إطلاق البعض وإرادة الكل، فإذا أطلق البعض وأراد به الكل فهذا المـجاز المرسل، وثمرة الخلاف تظهر فى مسألة الخلع.

فلو قالت الزوجـة لزوجهـا: خالعنى أو طلقنى ثلاثًا بألف، فـقال لها: أنت طـالق طلقة ونصف، فإن أخذنا بطريق السراية يقع طلقتين، ويستحق ثلثى الألف وإن جعلنا طريق المجاز

المرسل، فيقع الثلاث ويكون له الألف، والحقيقة أنه لا يأخذ هذا ولا ذاك، وإنما يأخذ نصف الألف فقط لأنه مقابل لما أوقع.

وهذا الكلام لا يتأتى فى الجزء الثانى من القاعدة وهو الخاص بالإسقاط، إذ إن الإسقاط لا سراية فيه ولا مجاز لأنه رفع الحكم فكيف يسرى ثم إن التنازل عن البعض فيه إسقاط البعض دون الكل.

ذكر السيوطى هذه الصورة فقال:

لا يزيد البعض عن الكل إلا فى الظهار وهى أن يقول الرجل لزوجته: أنت علىَّ كظهر أمى فإنه صريح فى التحريم، والظهر جزء وليس كل أمه كظهرها فقط، ولكنه لو قال لها: أنت علىَّ كأمى لم يكن صريحًا فى التحريم لاحتمال أن تكون كأمه فى الشفقة والتقدير والإعزاز واحتمال أن تكون كأمه فى أنها تحرم عليه، والصريح أقوى من الكناية، فالكل لا يكون أقل من الجزء إطلاقًا إلا فى هذه الصورة، وعلى هذا فإنه إذا قال لها: أنت علىَّ كظهر أمى، فهو صريح فى التحريم ولا ينصرف إلى غير الظهار، وليس فيه اختلاف لأن الظهر موضع الركوب، أما لو قال لها: أنت كأمى، فهو كناية فلا يكون ظهارًا إلا بالنية فإن قصد بها الظهار كانت كظهر أمه فى التحريم وإن قصد غيره فلا تحرم عليه لأنه أراد أنها مثل أمه فى الكرامة والإعزاز[1] فالصريح أقوى من الكناية

* * *

القاعدة الثامنة عشرة: إذا اجتمع السبب أو الغرو أو المباشرة قدمت المباشرة[2]

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أنه إذا اجتمع فى حادثة من الحوادث سبب وغرور ومباشرة قدمت المباشرة، وإذا اجتمع غرور ومباشرة قدمت المباشرة؛ لأن المباشر فاعل وهو العلة المؤثرة، والأصل فى الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة، لا إلى أسبابها الموصلة؛ لأنها أقوى وأقرب[3].

ومعنى هذا أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر هو الفاعل وهو العلة المؤثرة، والمتسبب هو الموصل إلى وقوع الأثر المترتب على الفعل، فكان فعل الفاعل أقرب لإضافة

(١) مغنى المحتاج جـ٣/ ٣٥٣، والمغنى لابن قدامة جـ٧/ ٣٤.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٧٩.
(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٤٧.

الحكم إلى الفاعل من المتسبب، ولهذا قال الرملى إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم، كالعلة وعلة العلة، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة[١].

ومن ثم فإنه إذا اجتمع المباشر وهو الفاعل للسبب المفضى لوقوع ذلك الشيء والسبب ولم يكن السبب مما يؤدى إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يتبع بفعل فاعل آخر فإن الحكم يضاف إلى الفاعل المباشر دون المتسبب، وبعبارة أوضح: يقدم المباشر فى الضمان على المتسبب.

١- تعريف السبب:

الأسباب جمع سبب، وهو كل ما يتوصل به إلى غيره يقال: هذا سبب هذا، وهذا مسبب عن هذا[٢]، فالسبب: ما يكون طريقًا إلى الشيء بواسطة كالطريق فإنه سبب للوصول إلى المقصد بواسطة المشى[٣].

والسبب عند الأصوليين، ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، كالبنوة فإنها سبب فى الميراث وكذا الأبوة، فإذا وجد السبب أى البنوة مثلاً وجد المسبب وهو الميراث، وقد يوجد السبب ولا يوجد المسبب لمانع كالقتل، فإنه مانع من الميراث[٤].

والسبب عند جمهور الفقهاء: هو الأمر الظاهر المضبوط الذى جعله الشارع أمارة على وجود الحكم[٥]، أو هو عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به[٦] وبمقتضى هذا التعريف تثبت حقيقتان:

إحداهما: أن السبب لا ينعقد سببًا إلا بجعل الشارع له سببًا؛ لأن الأحكام التكليفية هى تكليف من الله تعالى، والمكلِّف هو الله سبحانه وتعالى، وإذا كان المكلِّف هو الشارع فهو الذى يجعل الأسباب التى ترتبط بها الأحكام أسبابًا.

والحقيقة الثانية: أن هذه الأسباب ليست مؤثرة فى وجود الأحكام التكليفية، بل هى أمارة لظهورها، وفى ذلك يقول الشاطبى: إن السبب غير فاعل بنفسه وإنما وقع المسبب عنده لا به[٧].

إذا تقرر ذلك فالمراد بالسبب فى القاعدة: ما يؤثر ولا يحصل.

(١) جامع الفصوليين: الفصل ٣٣/ ١٢٤. (٢) المصباح المنير جـ١/ ٣١٠.

(٣) أصول الشاشى ص٣٥٣، دار الكتاب العربى بيروت.

(٤) محاضرات فى القواعد الفقهية لأستاذنا الدكتور جاد الرب ص٤٨.

(٥) أصول الفقه لفضيلة الشيخ محمد أبى زهرة ص٤٣ دار الفكر العربى.

(٦) المستصفى للغزالى تحقيق محمد مصطفى أبى العلا ص١١٢.

(٧) الموافقات جـ١/ ٢٠١ طبع المطبعة التجارية الكبرى.

أنواع السبب ثلاثة:

الأول: السبب الشرعى:

وهو ما كان تأثيره من الشارع، فهو الذى جعله مؤثرًا كالبينة فإنها مؤثرة لأن الحكم ينبنى عليها، فالقاضى أسير البينة، ولا تحصل لأن هذا من اختصاص الجلاد.

الثانى: السبب الحسى:

كمن أمسك بآخر فقتله ثالث، فالمسك مؤثر إذ لولاه لأمكنه الهرب ولكنه غير محصِّل للقتل؛ لأن القتل حصل من الثالث ومثل ذلك الإكراه على القتل.

الثالث: السبب العادى:

فأساس اللزوم فيه العرف والعادة مثل الضيافة بمسموم، فإذا قدم صاحب البيت طعامًا مسمومًا فأكله الضيف فمات، فالأكل من المسموم مؤثر غير محصِّل لأنه ليس بضرورى أن يكون السم هو الذى قتله... وعلى هذا فما يحصل الهلاك عنده لا به يسمى سببًا[١].

والسبب فى القاعدة مراد به هنا، ما لا يؤثر ولا يحصِّل ولكن يحصل التلف عنده كالحفر فى الطريق العام، فهو غير مؤثر إذ قد يتفادى هذه الحفرة وغير محصل إذ قد يقع فى الحفرة ولا يحصل الموت.

٣- الغرر: الغرر فى اللغة الخطر[٢]، وعند الفقهاء: هو إبداء ما ظاهره السلامة ثم يتخلف، كما لو تزوج فتاة على أنها بكر فثبت أنها ثيب، ويدخل تحته مسائل كثيرة فى الفقه.

٤- المباشرة:

مأخوذة من باشر الأمر: تولاه بنفسه، وباشر الفعل فعله فى غير وساطة[٣].

والمباشر هو الذى يحصل التلف من فعله دون أن يدخل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر.

فلو حفر رجل بئرًا فى الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص فى ذلك البئر ضمن الذى ألقى الحيوان ولا شىء على حافر البئر، لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان لو لم ينضم إليه فعل المباشر وهو إلقاء الحيوان فى البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط[٤].

والمباشرة هى: ما تؤثر وتحصل كالذبح بالسكين، وفى العادة يكون الضمان على المباشرة ما لم يرق التغرير إلى درجة المباشرة فيكون الضمان على المغرر وذلك بأن يكون السبب قويًا جدًا فينزل منزلة المباشرة ويقدم عليها استثناء، وهذا ما سوف يظهر فى بعض الأمثلة التى سنعرض لها فى هذه القاعدة.

---

(١) المستصفى ص١١٢.

(٢) المعجم الوجيز ص٤٤٨

(٣) المرجع السابق ص٥٢.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ص٨٠.

فروع هذه القاعدة:

الفرع الأول: لو غصب إنسان طعامًا ثم قدمه لمالكه فأكله وهو جاهل بأن هذا الطعام ملكه فالأظهر أن الغاصب لا يضمن؛ لأنه اجتمع سبب ومباشرة، والمباشرة من المالك، فتقدم على السبب ومن ثم فلا ضمان على الغاصب، وإن كان فيه تغرير من الغاصب لأن المالك باشر إتلاف ماله باختياره(١).

ومقابل الأظهر: يكون الضمان على الغاصب؛ لأن التغرير من الغاصب قام مقام الإتلاف والمباشرة ولأن التغرير حامل قوى على الأكل، فالمالك أكل الطعام جاهلاً أنه طعامه، فلا يبرأ الغاصب لجهل المالك به، فالعلة فى الضمان جهل المال به.

ويرد على هذا بأن التقصير من المالك فيتحمل الضمان، إذ أنه كان يمكنه أن يتعرف على طعامه ولكنه لم يفعل، فإن كان عالمًا بأن الطعام له فلا ضمان على الغاصب قطعًا لأنه إذا علم قدمت المباشرة قولاً واحدًا.

وكذلك لو قدمه الغاصب للمالك على سبيل الضيافة فأكله، فإن الغاصب يبرأ قولاً واحدًا لأن الغاصب لم يتلفه بل الذى أكله صاحبه: فالضيافة سبب عادى، والأكل مباشرة فتقدم المباشر على السبب.

والفرق بين الصورتين أن التغرير فى الثانية ضعيف، أما فى الأولى فقوى لذا جاء فيها الخلاف، كما أن صاحب المال مقصر وكان عليه أن يتحرى قبل أن يأكل وعليه فيبرأ الغاصب.

الفرع الثانى: لو حفر بئرًا فرداه فيها آخر، أو أمسكه فقتله آخر، أو ألقاه من شاهق فتلقاه آخر بسيفه فقده فالقصاص على المردى والقاتل والقاد فقط فقد اجتمع السبب والمباشرة فى هذه المسألة فتقدم المباشرة.

ومن ثم فلا ضمان على حافر البئر؛ لأنه لا يلزم من حفر البئر القتل تقديمًا للمباشرة، وأيضًا: لا ضمان على الممسك بل القصاص على القاتل لأنه المباشر للقتل وكذلك لا ضمان على الملقى بل القصاص على الذى قدَّه بالسيف؛ لأنه المباشر ولا يلزم من الإلقاء الموت.

المستثنى من هذه القاعدة:

إذا كانت المباشرة تقدم على كل من السبب والغرور فهذا هو الأصل ولكن يستثنى من ذلك صور لا تقدم فيها المباشرة على غيرها، وهى كما ذكرها الإمام السيوطى(٢).

---

(١) مغنى المحتاج جـ٣/ ٢٨٠.

(٢) الأشباه والنظائر ص١٧٩.

١- إذا غصب شخص شاة وأمر القصاب أى الجزار بذبحها وهو جاهل بغصب الشاة: فالضمان على الغاصب قطعًا قاله فى الروضة(١).

ومقتضى القاعدة يكون الضمان على القصاب لأنه المباشر، لكنهم قالوا: يضمن القصاب ابتداء ثم يرجع على الغاصب لأنه غرر به والتغرير قوى جدًا، فأصبحت يد المغرر كيد المباشر، فكأن الغاصب هو الذابح للشاة.

وبناء عليه، فإن الجزار، إذا ذبحها جاهلاً فلا ضمان عليه وهذا قيد لا بد منه لنفى الضمان عن الجزار وإلا ضمن هو الآخر، فيطالب الجزار ابتداء ثم يرجع به على الغاصب.

ووجه الاستثناء أننا لم نضمن الغاصب ابتداء بل ضمنا الجزار ثم يعود على الغاصب لأنه وكيل عنه.

٢- إذا استأجر دابة لحمل متاع فسلمه زائدًا على المقدار فحمله المؤجر على الدابة جاهلاً فتلفت، فالذى يضمن فى الأصح المستأجر لأنه غرر به وأوهمه أن الحمل هو المتفق عليه فى العقد، وهو فى الواقع أكثر مما اتفقا عليه، فقد اجتمع تغرير ومباشرة وقدم التغرير على المباشرة، وكان مقتضى القاعدة أن تقدم المباشرة على التغرير حتى لا يضمن المستأجر صاحب الطعام ولكنهم قالوا: بأن الضمان على المستأجر، فهو مستثنى من القاعدة.

ومقابل الأصح: لا يضمن المستأجر؛ لأن المؤجر مقصر بعدم البحث، وكان عليه أن يتحرى فنظرًا لتقصيره فلا ضمان على المستأجر وعليه يكون الفرع من القاعدة.

٣- إذا أفتاه من هو أهل للفتوى بإتلاف ما استفتاه فيه ثم تبين خطؤه، فالضمان على المفتى؛ فقد اجتمع هنا سبب شرعى وهو الفتوى، ومباشرة وهى إتلاف المال، وقدم السبب على المباشرة؛ لأن الإفتاء سبب قوى جدًا فى الإتلاف ولولاه ما أتلف المال، وكان مقتضى القاعدة أن المفتى لا يضمن، لأن الذى باشر الإتلاف هو المستفتى، وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة وهذا إذا كان المفتى أهلاً للفتوى وهو قيد ضرورى ولا بد منه.

أما إذا كان المفتى ليس أهلاً للفتوى، فلا ضمان على المفتى، وفى هذه الحالة ننظر فى المستفتى هل هو أهل للتمييز بين العلماء أو لا؟ فإن كان يميز العلماء فالضمان عليه لأنه مقصر فى سؤال من ليس أهلاً للفتوى، وإن كان لا يميز فهو مغرور، ولا ضمان عليه بل الضمان على المفتى(٢).

٤- إذا قتل الجلاد شخصًا بأمر الإمام وكان هذا القتل ظلمًا، وكان الجلاد يجهل بأنه مظلوم فهنا اجتمع سبب ومباشرة أما مباشرة القتل فهى من الجلاد، وأما سبب القتل فهو

(١) روضة الطالبين للإمام النووى جـ٥/ ١٠.

(٢) محاضرات فى القواعد الفقهية ص٥٠.

الحكم ظلمًا، فيكون الضمان على الحاكم فى هذه المسألة، وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة، لأن مقتضى القاعدة أن يضمن الجلاد لأنه المباشر ولكن غلب السبب لقوته، ولأن الجلاد كان عصا فى يد الإمام فهو مجرد آلة للتنفيذ وعليه فالفرع خارج عن القاعدة، أما إذا كان الجلاد يعلم بأن الحكم ظلم.

فإن قلنا: إن موقفه كموقف الحاكم مع المكرَه ففيه ثلاثة أقوال:

١- أن يكون الضمان على الإمام لأنه كالمكرِه والجلاد آلة وهو المعقول.

٢- وعلى الجلاد لأنه الفاعل.

٣- عليهما معًا.

وإن قلنا: إن موقفه خلاف ذلك فالضمان والحرمة على الجلاد إذ لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق.

٥- لو كان له ضيعة أى جزء من الأرض فوقفها على قوم، وصرفت الضيعة إليهم ثم خرجت مستحقة لغير الواقف فيضمن الواقف لتغريره، فقد اجتمع التغرير من الواقف والمباشرة من الموقوف عليهم فكان مقتضى القاعدة أن يكون الضمان على الموقوف عليهم، ولكن لقوة التغرير يقدم التغرير على المباشرة ويضمن الواقف[1].

* * *

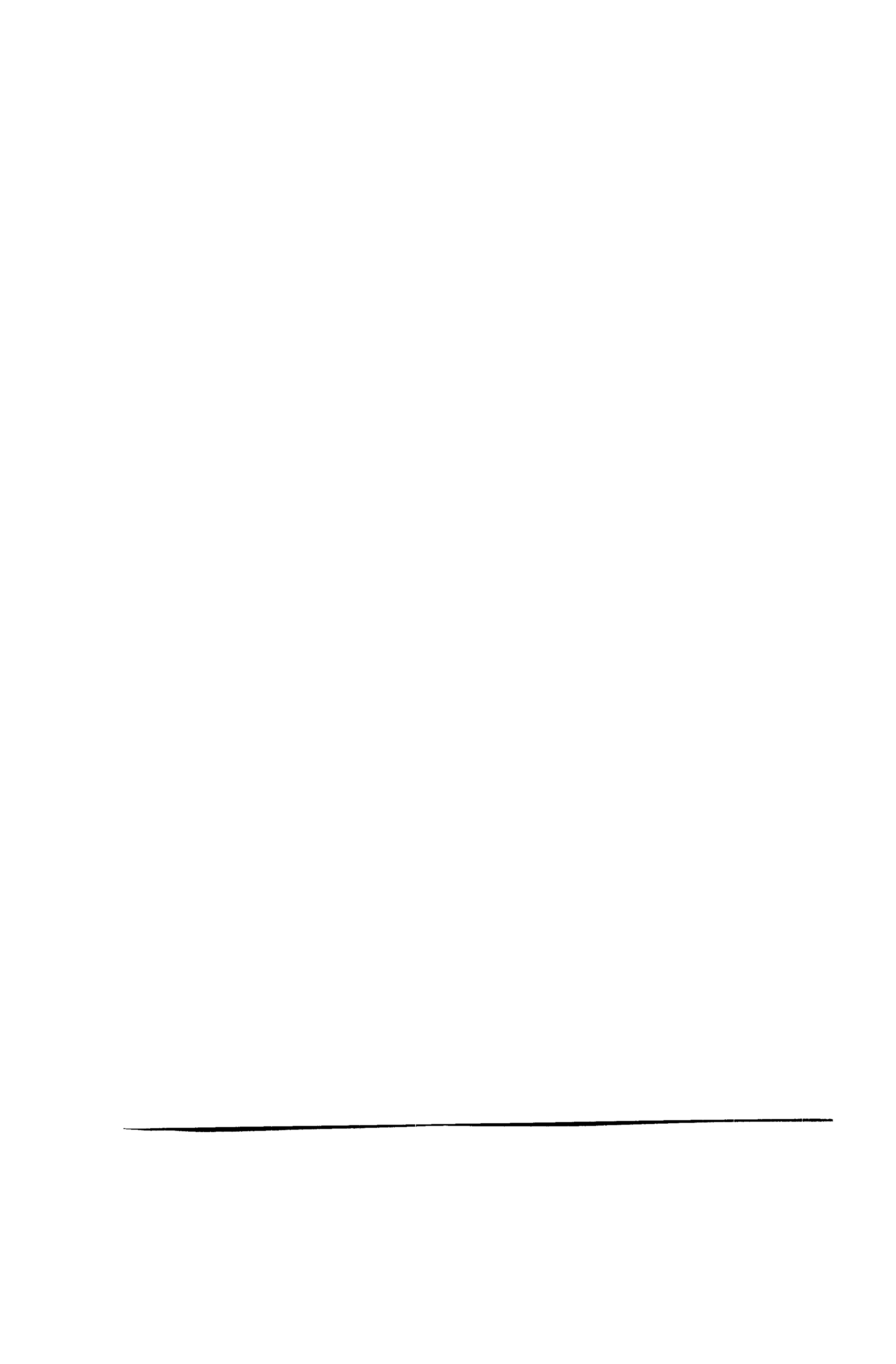
---

(١) محاضرات فى القواعد الفقهية ص٥٠.

ثالثا: القواعد المختلف فيها

وهى القواعد التى اختلف الفقهاء فيها بين الإعمال والإهمال، وبيان الأسباب الموضوعة التى نتج عنها هذا الاختلاف مع الترجيح فى الفروع.

وهى فى الغالب تكون مبدوءة بالاستفهام.



القاعدة الأولى: النذر هل يسلك به مسلك الواجب، أو الجائز؟ قولان، والترجيح مختلف في الفروع[١]

تعريف النذر:

النذر لغة: هو الوعد بخير أو شر، وشرعًا: التزام قربة لم تتعين بأصل الشرع[٢].

شرح التعريف:

الالتزام: جنس فى التعريف يتناول كل التزام وإضافته إلى قربة يخرج ما ليس بقربة فيخرج المحرم كما لو نذر أنه لا يصلى فنذره باطل وهو قول مالك والشافعى.

ويخرج المكروه، كما لو نذر أن يفعل مكروهًا من مكروهات الصلاة كالالتفات فى الصلاة وكصوم الدهر لمن خاف به ضررًا أو فوات حق، ويخرج به المباح كقيام أو قعود فعلاً أو تركًا فلا يصح المباح[٣] بقطع النظر عن عوارضه من حيث ذاته، ولكن إذا اقترن به ما يجعله عبادة جاز نذره كالأكل لمن يتقوى به على العبادة والنوم للنشاط عند التهجد فينال الثواب، أما المعصية فلخبر مسلم: «لا نذر فى معصية الله، ولا فيما لا يملكه ابن آدم»[٤] أما المكروه والمباح، فلأنهما لا يتقرب بهما قال ﷺ: «لا نذر إلا فيما ابتغى به وجه الله»[٥] ولا يلزمه فى ذلك كفارة لعدم انعقاد نذره، وأما خبر: «لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين» فضعيف باتفاق الحفاظ[٦].

وقوله فى التعريف: «لم تتعين» يخرج ما إذا كانت القربة واجبة وجوبًا عينيًا فلا يصح نذرها إذ ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط كصلاة الظهر وصوم رمضان لأنها واجبة بإيجاب الشرع فلا معنى لالتزامها[٧].

وأما المندوب، والواجب الموسع، والواجب الكفائى والواجب المخير ككفارة اليمين فينعقد فيها نذره.

أما الواجب المضيق فلا ينعقد نذره لأنه واجب بأصل الشرع وفيه تحصيل حاصل كصوم رمضان.

---

(١) الأشباه للسيوطى ص ١٨٠. (٢) حاشية قليوبى جـ٤/ ٢٨٨.

(٣) حاشية الباجورى على ابن قاسم جـ٢/ ٣١٩.

(٤) رواه عمران بن حصين (التلخيص الحبير جـ٤/ ١٧٥).

(٥) وفيه قصة الرجل الذى نذر أن يقوم فى الشمس، رواه أبو داود (التلخيص الحبير جـ٤/ ١٧٥).

(٦) حاشية الباجورى جـ٢/ ٣١٩، ٣٢٠. (٧) روضة الطالبين جـ٣/ ٣٠٠.

والمقـصود بالنذر هنا المنذور، والمنذور يـجب الوفاء به[١] بلا خـلاف لقوله تعـالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ (الحـج: ٢٩) وإنما الخلاف فى كيفية أداء المنذور[٢]، عند وجود المعلق عليه هل يكون على الفور أو على التراخى؟.

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن النذر هل يؤدى كمـا يؤدى الواجب، أو كما يؤدى الجائز؟ خلاف فى هذه المسألة، والترجيح مختلف فى الفروع ففى بعضها يرجح مسلك الواجب؛ لأنه بالنذر أصبح واجبا، وغيرها يسلك به مسلك الجائز لأن أصله جائز.

وسبب الخلاف أن من قال: يسلك به مسلك الواجب، قال: إنه لما نذره فقد أوجبه على نفسه، فيؤدى كما يؤدى واجب الشـرع، وأما من قال: يسلك به مسلك الجائز، قال: إنه فى أصله غير واجب يؤدى كما يؤدى أصله وهو مسلك الجائز.

ما ينعقد نذره وما لا ينعقد:

١- لا ينعقـد نذر الواجب العينى كصـلاة الظهر لأنها واجبـة بإيجاب الشرع، فـلا معنى لالتزامها.

٢- لا ينعقد نذر المكروه والحرام لحديث أبى داود بلفظ «لا نـذر إلا فيما ابتغى به وجه الله»[٣].

٣- لا ينعقد نذر المبـاح إلا إذا كان متضمنًا لأداء عبادة كالنـوم فى القيلولة للتقوى على صلاة الفجر، قال الأئمة: وقد يقصد بالأكل التقوى على العبادة، وبالنوم النشاط عند التهجد، فينال الثواب، لكن الفعل غير مقصود، والثواب يحصل بالقصد الجميل[٤].

٤- ينعقد نذر المندوب كصلاة ركعتين لأنه يتقرب به إلى الله لما روى عن عائشة ﵂ أن رسول الله ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه»[٥].

٥- ينعقد نذر الواجب الموسع كأن يصلى الظهر عند الزوال، وذلك لأن الإيجاب يقتضى إيقاع الفـعل فى أى جزء من أجزاء الوقت فـإذا نذر أن يصلى فى أول الوقت وجب نذره لأن جبريل صلى بالنبى ﷺ فى اليوم الأول فى أول الـوقت ثم صلى به فى اليوم الثانى الصلاة فى آخر الوقت ثم أعلم النبى ﷺ الأمة هذه الأوقات بقوله: «الوقت ما بين هذين»[٦].

---

(١) المرجع السابق جـ٣/ ٣٠٥.
(٢) محاضرات فى القواعد الفقهية ص٥١.
(٣) التلخيص الحبير جـ٤/ ١٧٥.
(٤) روضة الطالبين جـ٣/ ٣٠٣.
(٥) تلخيص الحبير جـ٤/ ١٧٥.
(٦) أصول الفقه لفضيلة الدكتور محمد أبى النور زهير ص١٠٥، ١٠٦.

٦- ينعقد نذر الواجب الكفائى كعـدم ترك صلاة الجنازة لأن الشارع لم يوجب ذلك عليه وجوبًا عينيًا.

فروع القاعدة:

الفرع الأول: نذر الصلاة:

فإذا نذر شخص أن يصلى فقال: لله علىَّ أن أصلى، فالأصح فى هذا النذر أن يسلك فى أدائه مسلك الواجب لأن الناذر يتـقرب إلى الله بهذا النذر، ولا شك فى أن الصـلاة أفضل ما يتقرب به إلى الله من العبادات والتقرب بالأكمل أكمل.

وبناء على ما تقدم فيلزم الناذر ما يلى:

١- أن يصلى ما يقع عليه الاسم من الصلاة وأقلهـا ركعتان بناء على أنه يسلك به مسلك واجب الشـرع[1] فلا يرد أن أقل الصلاة فى النفل ركـعة؛ لأن النذر يحمل على أقل واجب الشرع كما علمت[2].

٢- لا يجوز أداؤها من قعود مع القدرة على القيـام؛ لأن القيام ركن فى الصلاة الواجبة، فإذا قدر على القيام فلا يصلى قاعدًا، فإن ترك القيام مع القدرة بطلت صلاته.

٣- لا يجـوز له أن يؤدى الصلاة المـنذورة على الراحلة لأنهـا وجبت بالنذر، والصـلاة الواجبة لا تصلى على الراحلة لما أخرجـه البخارى أن رسول الله ﷺ: «كان يصلى التطوع على الراحلة» وفى لفظ: «كان يصلى على راحـلته نحو المشرق فـإذا أراد أن يصلى المكتوبة نزل فاستقبل القبلة»[3].

٤- لا يجوز أن يجمع بينها وبين فرض آخر أو نذر آخـر بتيمم واحد لأن التيمم لا يجوز فى الفرضين، قال النووى: «لا يصلى بالتيمم الواحد إلا فريضة واحدة» سواء كانت الفريضتان متفقتين أو مـختلفتين، كصلاتين وطوافين أو صلاة وطواف أو متفـقتين، كظهرين، أو مكتوبة ومنذورة أو منذورتين فلا يجـوز الجمع بينهما بتـيمم، وفى قول أو وجه ضعـيف: يجوز فى المنذورتين، وفى منذورة ومكتوبة[4].

وذهب الحنفية إلـى أن الشخص إذا تيمم فله أن يستبـيح بهذا التيمم مـا شاء من الصلاة فرضًا أو نفلاً فى وقت واحد أو فى أوقات متعددة وذلك لأن التراب طهور بالنص القرآنى وهو قـوله تعـالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ**

---

(١) حاشية الباجورى جـ٢/ ٣٢٢. (٢) المرجع السابق جـ٢/ ٣٢٢.

(٣) نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار من أحاديث سيد الأخيار جـ١/ ١٩٢.

(٤) الروضة جـ١/ ١١٦، ١١٧.

وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ (المائدة: ٦).

وإنما صح ذلك عند الأحناف لأن التيمم رافع للحدث كالماء[١] وهذا ما أميل إلى ترجيحه، والنص القرآنى الذى استدلوا به يؤيد ما ذهبوا إليه؛ لأن الله سبحانه وتعالى شرع التيمم لهذه الأمة وجعله من خصائصها، وهو بدل مطلق عن الوضوء والغسل عند وجود المقتضى لهما، وذلك تخفيف من الله سبحانه وتعالى، وتيسير على هذه الأمة حيث قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾ (المائدة: ٦) فقد جعله الله طهورًا لنا كما هو الحال فى الماء فتقييد ما أطلقه الله سبحانه وتعالى تحكم من غير دليل، وروى أبو ذر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «التيمم وضوء المسلم ولو لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجد الماء فليمسه بشرته، فإن ذلك خير»[٢] فقوله فى الحديث «فإن ذلك خير» يدل على عدم وجوب المدعى[٣] أى أن التيمم يرفع الحدث، وما دام الحدث قد ارتفع بالتيمم عند فقد الماء فله أن يصلى به الفرض والنذر والنفل فى الوقت الواحد وفى جميع الأوقات الأخرى[٤].

ومقابل الأصح: يسلك به مسلك الجائز، وعليه يصح النذر فى سجدة لأن لها نظيرًا فى الجائز كسجدة الشكر والتلاوة.

الفرع الثانى: نذر الصوم:

فإذا نذر صومًا وأطلق فقال: نذرت أن أصوم، لزمه فى الأصح صوم يوم واحد كامل لأنه لا يتجزأ ولا يلزمه زيادة عليه، نعم لو نذر صوم أيام لزمه ثلاثة أيام لأنها أقل الجمع[٥].

فالأصح فى أداء هذا النذر أن يسلك به مسلك الواجب كرمضان لأنه عبادة يتقرب بها إلى الله تعالى، والتقرب بالأكمل أكمل وهو واجب الشرع.

ومقابل الأصح: يجىء فيه وجه ضعيف، أنه يكفيه إمساك بعض يوم، بناء على أن النذر

---

(١) العناية والهداية جـ١/ ٩٥.
(٢) نيل الأوطار جـ١/ ٣١٢، ٣١٣.
(٣) السابق.
(٤) الميسر فى الفقه الإسلامى من تأليف لجنة من قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ص٢٧، ٢٨.
(٥) حاشية الباجورى جـ٢/ ٣٢٢.

ينزل على أقل ما يصح من جنسه، وأن إمساك بعض اليوم صوم[١] وإذا سلكنا به مسلك الواجب فى الشرع فيلزمه أمور:

١- تبييت النية ليلاً؛ لأن المنذور واجب فجعل كواجب بالشرع ابتداء كما فى رمضان، فكما يلزم فى رمضان تبييت النية ليلاً فكذلك فى صوم النذر.

٢- لا يجزى إمساك بعض يوم لأنه ليس له نظير فى الواجبات ولا فى المندوبات.

وإذا لزمه صوم يوم بالنذر، استحب المبادرة به، ولا يثبت له خواص رمضان من الكفارة بالفطر بالجماع فيه، ووجوب الإمساك لو أفطر فيه[٢].

الفرع الثالث: نذر الخطبة فى صلاة الاستسقاء: فإذا نذر الخطبة فى صلاة الاستسقاء ونحوها، كصلاة العيدين، فالأصح فى أدائه أن يسلك به مسلك الواجب، وعليه فيلزمه القيام فيها مع القدرة؛ لأن الناذر إنما قصد التقرب إلى الله تعالى بنذره والتقرب بالأكمل أكمل، والأكمل هو القيام فى مسلك الواجب أما إذا سلكنا بالخطبة مسلك الجائز فيؤديها من قعود لأنها سنة والخطبة فى الاستسقاء سنة[٣] كخطبة العيدين.

الفرع الرابع: نذر أن يكسو يتيمًا:

فإذا قال شخص: لله علىَّ أن أكسو يتيمًا، فالأصح فى أداء هذا النذر أن يؤديه أداء الواجب لأن الناذر يتقرب بنذره إلى الله، والتقرب بالأكمل أكمل، ونظيره كفارة اليمين عند الشافعية، إذا حنث فى يمينه، فيكون مخيرًا بين ثلاثة أشياء: عتق رقبة مؤمنة أو إطعام عشرة مساكين لكل مسكين مُد أو كسوتهم أو صيام ثلاثة أيام[٤] فلا يجوز دفعها لغير المسلم.

أما عند الأحناف فيجوز دفعها لذمى لقوله ﷺ: «فى كل كبد رطبة أجر»[٥] ولأن سيدنا عمر ﷺ أعطى الصدقة للذمى وقال النووى: تحل صدقة التطوع للأغنياء والكفار[٦].

أما إذا سلكنا مسلك الجائز، فيجوز كسوة اليتيم الذمى لأن الصدقة غير الواجبة يجوز إعطاؤها للذمى كما سبق.

الفرع الخامس: نذر الأضحية:

فإذا نذر الأضحية كقوله: نذرت أن أضحى بهذه الشاة لزمه ذلك والأصح أن يسلك بالنذر مسلك الواجب، وأما حكمها فقد اختلفوا فيه.

---

(١) الروضة جـ٣/ ٣٠٥.
(٢) روضة الطالبين جـ٣/ ٣٠٨، ٣٠٩.
(٣) محاضرات فى القواعد الفقهية لأستاذنا الدكتور جاد الرب ص٥٢.
(٤) حاشية الباجورى جـ٢/ ٢١٧، ٢١٨.
(٥) نيل الأوطار جـ٧/ ٥.
(٦) روضة الطالبين جـ٢/ ٣٤١.

فقال الشافعية: إن الأضحية سنة، ولا تكون واجبة إلا بالنذر حقيقة أو حكمًا، فالأول كقوله: لله علىَّ أن أضحى بهذه الشاة، والثانى: كقوله: جعلت هذه أضحية، فالجعل بمنزلة النذر، ومتى قال: هذه أضحية صارت واجبة، وقال الأحناف: هى واجبة[١] على من ملك النصاب فلو نذر الأضحية فالأصح أنها تؤدى كالأضحية الواجبة وعليه فيشترط فيها ما يشترط فى الأضحية غير المنذورة وهى:

١- السلامة من العيوب، فلا تجزئ العرجاء، ولا العوراء ولا العجفاء، ولا الجرباء، ولا مقطوعة القرن ولا الأذن ولا المجنونة ولا الحامل، لما روى عن البراء بن عازب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجزئ فى الأضاحى العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين ضلعها، والكسيرة التى لا تنقى»[٢] لأن ذلك ينقص اللحم فدل على أن كل ما ينقص اللحم لا يجوز الأضحية به.

٢- كما يشترط السن المقدر شرعًا على التفصيل المذكور فى جميع أنواع الأضحية.

أما إذا سلكنا بها مسلك الجائز، فلا يشترط فيها السن، ولا السلامة من العيوب.

قال ابن حزم: لا يصح عن أحد من الصحابة أنها واجبة، وصح أنها غير واجبة عند الجمهور والدليل على ذلك ما أخرجه أحمد عن ابن عباس مرفوعًا: «أمرت بركعتى الضحى ولم تؤمروا بها، وأمرت بالأضاحى ولم تكتب عليكم»[٣].

والفرق بين الواجب والجائز هو التحتم فى الأداء بالصفات المعتبرة، وأيضًا فى ترتب الثواب والعقاب[٤].

الفرع السادس: نذر الهدى:

فإذا نذر أن يهدى إلى الحرم دون أن يسمى شيئًا فقال: لله علىَّ أن أهدى للبيت الحرام، أو قال: لله علىَّ أن أنحر أو أذبح بمكة، فالأصح أن يسلك فى أداء هذا النذر مسلك الواجب، فلا يجزئ إلا ما يجزئ فى الهدى الشرعى بأن يكون من النعم ويجب إيصاله إلى الحرم لقوله تعالى: ﴿هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ (المائدة: ٩٥) ولأن الناذر إنما قصد التقرب، والتقرب بالأكمل أكمل فى مسلك الواجب عليه فيشترط السن والسلامة وأن تكون من النعم[٥].

ومقابل الأصح: يسلك به مسلك الجائز فيصح من غير النعم، ولا يجب إيصاله إلى الحرم، فلو قال: لله علىَّ أن أهدى ولم يسمِّ شيئًا فيحمل على أقل ما يتقرب به من جنسه،

(١) نيل الأوطار جـ٥/ ١٢٦.

(٢) رواه الخمسة وصححه الترمذى (نيل الأوطار جـ٥/ ١٣٢).

(٣) المرجع السابق جـ٥/ ١٢٦.

(٤) محاضرات فى القواعد الفقهية ص٥٣.

(٥) روضة الطالبين جـ٣/ ٣٢٩.

ويخرج عن نذره بكل منحة حتى الدجاجة والبيضة وكل ما يتمول، لوقوع الاسم عليه، وعلى هذا فلا يجب إيصاله إلى مكة، وصرفه إلى فقرائها، بل يجوز التصدق به على غيرهم، وهذا هو المذهب القديم[١]، وإن حملناه على أقل ما يجب من جنسه، حمل على ما يجزئ فى الأضحية وعلى هذا يجب إيصاله كله، فإن محل الهدى الحرم. . . أما لو قال: على أن أهدى الهدى، حمل على المعهود الشرعى بلا خلاف[٢].

الفرع السابع: نذر الحج:

فإذا قال شخص: لله علىّ أن أحج هذا العام، وهو على مسافة يمكن الحج منها فى ذلك العام، لزمه الوفاء على الصحيح فإن لم يفعل مع الإمكان، صار دينًا عليه فى ذمته يقضيه بنفسه ولا يكون ذلك إلا بعد حجة الإسلام وإلا وقع عن حجة الإسلام ولزمه للنذر حجة أخرى كما لو نذر أن يصلى، وعليه صلاة الظهر، فيلزمه صلاة أخرى.

والأصل فى هذا النذر أن يسلك فيه مسلك الواجب، وعليه فيشترط فيه ما يشترط فى الحج الواجب فإن لم يفعل مع الإمكان، صار دينًا فى ذمته يقضيه بنفسه فإن مات ولم يقضه، وجب على أهله أن يخرجوا من يحج عنه من ماله.

أما إذا لم يمكنه الحج بعد النذر بأن كان مريضًا أو لا مال له أو كان الطريق مخوفًا ومات قبل التمكن فلا قضاء عليه لأنه لم يقدر عليه فلم يستقر كما لا تستقر حجة الإسلام والحالة هذه.

فإن كان الناذر به مانع يمنعه من الذهاب إلى البيت الحرام، لم يجز أن يستنيب صبيًا لأنه لا يجب عليه الحج، وإن كان يصح منه.

وإذا سلكنا به مسلك الجائز جازت نيابة الصبى والراجح المسلك الأول للعلة السابقة.

وكذا السفيه لو نذر الحجة بعد الحجر عليه لم يجز للولى منعه إذا سلكنا به مسلك الواجب وهو الأصح؛ لأن الحج واجب عليه، والولى لا يمنعه من الواجب عليه، ولكن بالنسبة للنفقات، فإنه تعطى له إذا كانت نفقات الحج مثل نفقات الإقامة ليصرف منها على نفسه فى الحج لأنه لا خوف منه فى هذا.

أما إذا كانت نفقات الحج أكثر من نفقات الإقامة فإنها تعطى لأمين يصرف عليه فى الحج.

وإذا سلكنا به مسلك الجائز فللولى منعه، وذلك إذ زادت نفقات حجه عن نفقات إقامته وإلا فلا يجوز منعه[٣].

* * *

(١) المرجع السابق جـ٣/ ٢٢٩، ٢٣٠. (٢) المرجع السابق جـ٣/ ٢٣٠.

(٣) محاضرات فى القواعد الفقهية لأستاذنا الدكتور جاد الرب ص٥٤.

القاعدة الثانية: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟
خلاف والترجيح مختلف فى الفروع[١]

معنى القاعدة:

وهذه القاعدة معناها أن المعول عليه فى تعاقد الناس هل يكون بألفاظ العقود أو بمعانيها؟ لأن اللفظ قد يكون متضمنًا لحكم ويكون المعنى متضمنًا لحكم آخر.

وصيغة العقد: ما يصدر من المتـعاقدين دالاً على توجه إرادتهما لإنشاء العقد، لفظًا، أو كتابة، أو إشارة، أو فعلاً... وتتكون هذه الصيغة من الإيجاب والقبول[٢].

وصيغ العـقود: هى ألفاظ العـقود من شراء ورهن وهبـة ووصية ومـا إلى ذلك من سائر العقود والتصرفات.

فإذا تضـمن اللفظ حكمًا والـمعنى حكمًا آخـر فهل يكون الاعـتبـار حينئـذ بالألفاظ أو بالمعانى؟.

هناك فى الفقه اتجاهات ثلاثة:

الأول: يرى أن العبرة بالمعانى لأنها المقصودة من الألفاظ.

والثانى يقول: إن العبرة بالألفاظ لأنها هى الدالة على المعانى.

والثـالـث يقـول: العبرة بهمـا معًا لأن الألفاظ تدل على المعانى، والمـعانى مأخوذة من الألفاظ.

والحقيقـة أن من يعتبر الألفاظ والمعانى فـهو معتبر للمعنى فـقط لأن اللفظ والمعنى قد يختلفان وإذا اختلف اللفظ والمـعنى فالحكم ينصرف إلى المعنى[٣]، لأن المقصود الـحقيقى هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعانى.

ولهذا كان ترجيح أحدهما على الآخر مختلف فيه بين الفقهاء على نحو ما سيظهر لنا فى الفروع.

فروع هذه القاعدة:

ذكر السيوطى فروعًا كثيرة لهذه القاعدة نختار منها ما يلى:

الفرع الأول: البيع الموصوف فى الذمة:

وصورة هذا الفـرع أن يقول شخص لآخـر: اشتريت منك ثوبًا صـفته كـذا بهذه الدراهم فيقول الآخر: بعتك، فهل ينعقد بيعًا أو سلمًا؟ فى هذا الفرع رأيان فى الفقه.

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطى ص١٨٣. (٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق ص١٨.
(٣) محاضرات فى قواعد الفقه، مرجع سابق ص٦٠.

الأول: ينعقد بيعًا اعتبارًا باللفظ لأن لفظ بعت واشتريت من خصائص عقد البيع فقط، ولذا فينعقد بيعًا وهذا هو الأصح[١] وهو ما رجحه الشيخان: الرافعى والنووى.

والثانى: ينعقد سلمًا اعتبارًا بالمعنى واللفظ لا يعارضه لأن كل سلم بيع كما أن كل صرف بيع فإطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله فالسلم بيع موصوف فى الذمة، وهذا الرأى رجحه السبكى وصححه ابن الصباغ، وقال الإسنوى: الفتوى عليه.

ومحل الخلاف إذا لم يقل: اشتريت منك ثوبًا سلمًا صفته كذا... فلو قال ذلك فهو سلم... لأنه ذكر لفظ السلم بعد قوله: اشتريت منك ثوبًا صفته كذا، والفرق بين البيع والسلم: أن المبيع فى البيع يكون معينًا أو قابلاً للتعيين، أما فى السلم فهو بيع موصوف فى الذمة.

ويترتب على هذا الخلاف أننا إذا اعتبرناه بيعًا طبقنا عليه أحكام البيع فتكون أركان البيع هى أركان السلم: (عاقد) وهو بائع ومشتر و (معقود عليه) وهو ثمن ومثمن، و (صيغه) وهى إيجاب وقبول، وهذا عند الجمهور، أما الأحناف فليس للبيع عندهم إلا ركن واحد وهو الإيجاب والقبول، اعتمادًا على أن الصيغة تتطلب بالضرورة عاقدًا ومعقود عليه. وإذا اعتبرناه سلما فإنه يتطلب شروطا زائدة على شروط البيع تتعلق بكل من رأس مال السلم والمسلم فيه ومتى تخلف شرط من هذه الشروط بطل السلم.

وأهم شروط السلم ما يلى:

أولاً: رأس مال السلم:

يشترط فى رأس مال السلم ضرورة تسليم رأس المال فى مجلس العقد قبل التفرق، ولا يجوز تأخيره عنه لدى كل من الحنابلة والشافعية، والحنفية؛ لأن عدم التسليم يؤدى إلى بيع الدين بالدين، وهو منهى عنه، فكان لا بد من تسليمه فى مجلس العقد ليتحقق المقصد والحكمة من السلم، إذ لولا حاجة المسلم إليه للمال لما عقد العقد[٢].

وأما المالكية فلا يشترطون تسليم رأس المال فى مجلس العقد بل يرخصون بتأخيره.

ثانيًا: المسلم فيه:

يشترط فى المسلم فيه شروط:

١- **أن يكون مما ينضبط بالصفات:** ويُقصد بالصفات الجودة والرداءة ومثالها فى السلع

---

(١) مغنى المحتاج جـ٢/ ١٠٤.

(٢) فتح القدير جـ٥/ ٣٤٣، ومغنى المحتاج جـ٢/ ١٠٢، والمغنى والشرح الكبير جـ٤/ ص٢٣٤.

الحاضـرة الثـلاجـات المختلفة الجـودة، كثلاجة ناشـيونال وهى أجود من ثلاجة سـامسونج مثلاً.

٢- التأجـيل: ويُقصد به أن يكون تسليم المبيع أو المسلم فـيه بعد مدة التعاقد، لأن هذا يميز عـقد السلم عن غيره من أنـواع البيع وهذا قول المذاهب الثـلاثة ما عدا الشافـعية الذين أجازوا السلم حالاً(١) وأن يكون الأجل معلومًا.

٣- أن يكون دينًا موصـوفًا فى الذمة: فلا يدخل السلم فى السلعة الموجودة أى الحاضرة ولا فى العقار، فـإذا اتفق إنسان مع مقاول ليـبنى له منزلاً وكان العقد بلفظ السلم فـلم ينعقد سلمًا فإن ذلك ليس من باب السلم وكـذلك تجليد الكتب الآن ليست من باب السلم، بل من باب الإجارة.

٤- أن يكون المسلم فيه معلوم القدر: بالوزن أو العدد أو الكيل.

٥- أن يكون المسلم فـيه مقدوراً على تسليـمه: مع تحديد مكان التـسليم وعند الإطلاق يكون مكان العقد هو مكان التسليم.

٦- ألا يجمع بين البدلين إحدى علل الربا(٢): وما دام السلم يشترك مع البيع فى كثير من المواصـفات فإذا عـبر عن السلم بلفظ البيع بـأن قال: بعت أو اشتـريت، فإن هذا اللفظ من خصائص البيع فيرجح البيع على السلم.

الفرع الثانى: الهبة بشرط الثواب:

تعريف الهبة: هى تمليك العين بلا عوض فى حال الحياة تطوعًا(٣).

فخرج بالتمليك: العارية والضيافة والوقف، وبالعين: الدين والمفعة، وبنفى العوض، ما فيه عوض كالبيع ولـو بلفظ الهبة، وبالحياة، والوصية لأن التمليك فيهـا إنما يتم بالقبول بعد الموت، وبالتطوع الواجب من زكاة وكفارة ونحوهما.

فلو قال شخص لآخر: وهبتك هذا المنزل أو هذه السـيارة بشرط أن تدفع مقدار كذا من المال، فقال: قبلت، فلو اعتبرنا اللفظ فهو هبة ولو اعتبرنا المعنى فهو بيع.

والأصح اعتبار المعنى وهو البيع، لأن البيع مقابلة مـال بمال، وهو هنا متحقق، فيتحقق معنى البيع كاملاً، والإسناد إلى اللفظ إسناد ضعيف.

---

(١) المغنى والشرح الكبير جـ٤/ ٣٢٨، مغنى المحتاج جـ٢/ ١٠٥.

(٢) يراجع: الإطار الشرعى والاقتصادى والمحاسبى لبيع السلم فى ضـوء التطبيق المعاصر، للدكتور محمد عبد الحليم عمر، من ص٢٠ إلى ص٢٩.

(٣) مغنى المحتاج جـ٢/ ٣٩٦.

وذهب الحنفية والشافعية فى الجديد إلى أن الهبة بشرط الثواب لا تنعقد لأنها بيع مجهول؛ ولأن موضع الهبة التبرع(١).

الفرع الثالث: البيع بلا ثمن:

تصوير الفرع أن يقول شخص لآخر: بعتك هذا الشىء بلا ثمن، فهذا ليس بيعًا قطعًا لانتفاء ركن من أركان البيع وهو الثمن، وفى انعقاده هبة قولان بناء على تعارض اللفظ والمعنى، فلو اعتبرنا اللفظ كان بيعًا باطلاً لانتفاء ركن الثمن، ولو اعتبرنا المعنى صححناه هبة بلا ثواب.

والأصح اعتباره هبة لأن حمل كلام العاقل على ما به يصح أولى من حمله على ما به يبطل.

الفرع الرابع: باع ولم يذكر ثمنًا:

فإن راعينا المعنى انعقد هبة، أو راعينا اللفظ فهو بيع فاسد لانتفاء ركن الثمن.

والراجح اعتباره هبة لأن إعمال الكلام أولى من إهماله.

الفرع الخامس: البيع بلفظ المشيئة:

إذا باع بلفظ المشيئة فإن نظرنا إلى المعنى صح البيع، لأنه لا يحصل بيع إلا إذا شاء المشترى، وإذ لم يشأ لم يشتر وهو الأصح، وإن نظرنا إلى اللفظ فهو بيع باطل لاختلال الصيغة بالتعليق؛ لأن عدم التعليق من شروط البيع.

والراجح: صحة البيع، فإذا قال: بعتك هذا الكتاب إن شئت، أو بعتك هذه الدار إن رغبت، فإنه فى حكم المنجز؛ لأن مثل هذه العقود لا تتم ولا توجد إلا بالقبول، وليس القبول إلا عبارة عن الإفصاح عن رغبة العاقد الآخر ومشيئته، فكان هذا العقد فى حقيقة الأمر معلقًا على مشيئة العاقد الآخر، فلا يضير التصريح بهذا التعليق ولا يخرجه عن أن يكون منجزًا حكمًا.

وهذا فى العقود التى تتوقف على القبول كالبيع والهبة والرهن، أما إذا كان العقد لا يتوقف على قبول الطرف الآخر كما فى الطلاق فإن تعليقه على مشيئة الطرف الآخر يكون تعليقًا حقيقيًا ولا يكون فى حكم المنجز، فإذا قال الرجل لزوجته:

أنت طالق إن شئت، كان هذا تعليقًا لطلاقها على مشيئتها فتطلق إن رغبت فيه أما إذا لم ترغب وكان الطلاق معلقًا فلا يقع هذا الطلاق(٢).

---

(١) يراجع: نيل الأوطار جـ٦/ ٧.

(٢) الفقه الإسلامى المدخل ونظرية العقد، للشيخ عيسوى أحمد عيسوى ص٥٠٩.

الفرع السادس: البيع بلفظ السلم:

اتفق جمهور الفـقهاء على أن السلم نوع من البيع إلا أنهم اختلفوا فى انـعقاده بلفظ البيع على مذهبين:

فيرى الحنفـية والمالكية وبعض الشـافعية والحنابلة: أن السلم ينعـقد بلفظ السلم وبلفظ البيع.

٢- ويرى بعض الشافـعية وابن حزم أن السلم لا يـعتبر بيـعًا حيث يقول صـاحـب مغنى المحـتاج: «وأما لفظ السلم فـيشتـرط فيه على الأصح» وبالتـالى لا ينعقد السـلم بلفظ البيع عنده، ومن المـعروف أنه بانعقـاد السلم يصبح المـسلم فيـه دينًا فى ذمة المسـلم إليه، وهذا باتفاق الفقهاء.

وصورة الفـرع: أن يقول شخص لآخـر: أسلمت إليك هذا الثوب فى هذه الدابة، فـهذا العقد ليس بسلم قطعًـا لأن السلم بيع موصوف فى الذمة، والمبيع هنا مـوجود ومعين، فكان الثمن والمبيع معينان وهذا فى البيع لا فى السلم، فلا ينعقد سلمًا، وكذلك لا ينعقد بيعًا على الأظهر لاختلاف اللفظ لأنه قال: أسلمت، ولم يقل: بعت.

ومقابل الأظهـر، أنه ينعقد بيعًا نظرًا إلى المعنـى، فأسلمت إليك أى بعتك، وهذا يصح فيكون مـقابل الأظهر أظهر لاجـتماع خواص البـيع، ويؤيده القاعدة التى تقول: «كـل ما كان صريحًا فى بابه ولم يجد نفاذًا فى موضوعه كانت كناية فى غيره».

ولفظ السلم صـريح فى باب السلم، ولكنه لم يجد نفـاذًا فى موضوعـه، فكان كناية فى البيع وهو المعقول؛ لأن به يصح الكلام، وحمل الكلام على ما به يصح أولى.

الفرع السابع: هبة الدين للمدين:

صورة الفرع: أن يقـول الدائن لمن عليه الدين: وهبت الدين لك، فهل يشتـرط القبول؟ للعلماء فى هذه المسألة قولان:

أحدهما: لا يشترط القبول اعتبارًا بالمعنى لأن هبة الدين للمدين إبراء منه ولا يحتاج إلى قبول وهو المعتمد، والإبراء هو إسقاط الحق كله أو بعضه.

الثانى: يشترط القبول لأن الهبة لا بد فيها من القبول، وذلك لمراعاة اللفظ(١).

والراجح عند الرافعى: اعتبار المعنى، فلا يشترط القبول.

وإذا قلنا: إن الإبراء من الدين إسـقاط له، فـلا تصح هبة الدين زكـاة... وإذا قلنا: إن الإبراء تمليك تصح الهبة زكاة.

(١) ابن عابدين جـ٥/ ٢٠٩، المغنى والشرح الكبير جـ٤/ ٣١٢، مواهب الجليل والتاج والإكليل، المجلد الرابع، ص٢١٦، مغنى المحتاج جـ٢/ ١٠٢م.

ويتفرع على ذلك أن جهاز البنت ليس ملكًا لها إلا إن ملكه لها أبوها بصيغة أو قال: هذا جهاز بنتى، ويصدق إن ادعاه فى حياتها أو بعد موتها[١].

ويملك الموهوب له الهبة بالقبض بإذن الواهب بعد تمام العقد ويشترط بقاء أهلية الآذن إلى تمام القبض وإلا بطل الإذن[٢].

الفرع الثامن: الصلح فى الدين على بعضه:

صورة هذا الفرع أن يقول شخص لآخر: صالحتك عن الألف التى لى عليك على خمسمائة.

ففى اشتراط القبول وجهان:

الأول: إن اعتبرنا اللفظ اشترط القبول؛ لأن الصلح عقد تسبقه خصومة فلا بد فيه من القبول وهذا يسمى صلح الحطيطة وهو أن يصالحه عن بعض ما عليه، وهو جائز لقول الرسول ﷺ عندما تشاجر رجلان فقال: «دع النصف» فإذا كان بلفظ الصلح فيشترط القبول على الصحيح.

وهذا القول رجحه الرافعى بقوله: الأظهر اشتراط القبول مع أنه اعتبر المعنى.

والوجه الثانى: إن اعتبرنا المعنى وهو أن الصلح إبراء فلا يشترط القول بلفظ الإبراء والحط وهما لا يحتاجان إلى القبول على الصحيح[٣].

اعتراض وجوابه على ترجيح الرافعى:

قد يقال: إن كلام الرافعى فى الصلح مخالف لما صححه فى الهبة حيث إنه لم يشترط القبول فى الهبة مع اعتباره المعنى واشترط القبول فى الصلح مع اعتباره المعنى أيضًا فيكون بذلك متناقضًا وليس كذلك.

وقد رد السبكى بقوله: إن اعتبرنا لفظ صالحتك، اشترط القبول فى الهبة والصلح لأن الهبة عقد فيه إيجاب وقبول وكذلك الصلح لا بد فيه من الصيغة.

وإن اعتبرنا المعنى، اشترط القبول فى الصلح دون الهبة؛ لأن هنا فرقًا بين الهبة والصلح، فالهبة لم يسبقها نزاع فلا يشترط فيها القبول، أما الصلح فيسبقه نزاع فيشترط القبول.

ويمكن الرد بطريقة أخرى وهى: أنه لا يلزم فقهًا أن يرجح المجتهد رأيًا، ويرجح نفس

---

(١) شرح جلال الدين المحلى على المنهاج جـ٣/ ١١٢.
(٢) حاشية القليوبى على شرح جلال الدين المحلى جـ٣/ ١١٢.
(٣) شرح جلال الدين المحلى على المنهاج جـ٣/ ١١٢.

الرأى فى فـرع آخر[(١)] لأن الاجتهادات الفقهيـة مبنية على النظر فى المعانى وهى تختلف من حال إلى حال.

ومقابل الأظهر، لا يشترط القبول ويكون الصلح مع الهبة.

الفرع التاسع: الخلع دون ذكر العوض:

الخُلع بضم الخاء لغة: النزع لأن كلاً من الزوجين لباس الآخر فكأنه نزع لباسه.

وشرعًا: هو فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خُلع.

وصورة الخُلع أن يقول الزوج لزوجـته: خالعتك، ولم يذكر عوضًا... فـفيه قولان بناء على القاعدة:

القول الأول: لا يلزم شيء لعدم ذكر العوض ويقع الطلاق رجعيًا لأن الخُلع لا يكون إلا بعوض لورود القرآن بـه، قال تعالى: ﴿**فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ (البـقـرة: ٢٢٩) ولأن الخُلع صـريح فى بابه ولم يجـد نفاذًا فى مـوضوعـه لكونه لم يذكـر مالاً، هو الراجح نقـلاً ودليلاً[(٢)].

والقـول الثـانى: يكون خُلعًا فاسدًا يوجب مهـر المثل فى الأصح لاطراد العرف بجريان الخُلع على المال فإذا لم يذكر المال رجع إلى مهر المثل لأنه المراد[(٣)].

الفرع العاشر: المضاربة دون ذكر نسبة الربح:

المضاربة: هى عـقد شركة بين رب المال وعـامل ليتجر فيه علـى أن يكون الربح بينهما بنسبة معينة.

وتوجد عدة صـياغات لتعـريفها لدى الفقهـاء، ورغم الاختلاف بين هذه الصيـاغات، فإن دلالتها واحدة فى أنها: دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما اشترطا[(٤)].

حكم المضاربة:

المضاربة جائزة شرعًا باتفاق المسلمين ولا خلاف بينهم فى هذا الجواز[(٥)]، لما روى عن النبى ﷺ قال: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل والمـقارضة، وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع»[(٦)] كما توجد أدلة أخرى من السنة التقريرية وأعمال الصحابة[(٧)].

---

(١) محاضرات فى القواعد الفقهية ص٦٣.

(٢) حاشية القليوبى على شرح جلال الدين المحلى جـ٣/ ٣١٣.

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) فتح القدير لابن الهمام جـ٨/ ٤٤٥ دار الفكر.

(٥) المجموع للنووى التكملة الثانية، جـ١٤/ ٣٥٧ دار الفكر.

(٦) سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى، نشر البابى الحلبى بمصر، جـ٢/ ٢٦٨.

(٧) المبسوط للسرخى جـ٢٢/ ١٨، دار المعرفة بيروت.

وحكمة هذا الجواز: حاجة الناس إلى المضاربة، فصاحب المال قد لا يهتدى إلى التصرف المربح، والمهتدى إلى التصرف قد لا يكون له مال، والربح إنما يحصل بهما إذ بالتقاء مال الأول وقدرة الثانى على التصرف المربح تتحقق مصلحة كل منهما.

حقيقة المضاربة:

حقيقة المضاربة لدى الفقهاء تتردد بين كونها إجارة شرعت على خلاف القياس[١] وبين كونها من جنس المشاركات[٢] فهى فى أحد تعاريفها «شركة بمال من جانب وعمل من جانب آخر»[٣] غير أنها تفترق عن أنواع المشاركات الأخرى فى استقلال المضارب بالعمل فى المال وإدارته وأنه ليس له حصة فى رأس مالها.

وثمرة هذا النوع تظهر فى أنها لو كانت إجارة على خلاف القياس فإنه لا يجب التوسع فى أحكامها قياسًا، أما لو كانت مشاركة ـ كعقد مسمى مستقل ـ فإنه يمكن اختصاصها بأحكام والتوسع فى أحكامها[٤].

صورة الفرع: أن يقول رب المال للعامل: خذ هذه الألف مضاربة ولم يبين النسبة فى الربح، فهل تصح المضاربة؟ فيها قولان:

الأول: أنه إبضاع، أى توكيل بلا جعل فلا يستحق العامل شيئًا من الربح لأن الإبضاع بعث المال مع من يتجر فيه متبرعًا، والبضاعة المال المبعوث فهو توكيل بلا جعل ومن أخذه فهو يعمل فيه متبرعًا، وعلى ذلك لا شىء للعامل فى هذه الصورة لأنه أطلق فكان توكيلاً صحيحًا بلا جعل فلا يستحق العامل شيئًا ولأنه لم يذكر له شيئًا[٥].

والثانى: مضاربة فاسدة، توجب أجر المثل، فيستحق العامل حينئذ على المالك أجرة عمله والربح كله للمالك لأنها مضاربة فاسدة هنا لأنه لم يبين نصيب الربح وشرط صحتها أن يبين فى عقد المضاربة نصيب كل واحد من الشركاء من الربح، وإذن فلا بد أن يكون نصيب أو حصة كل منهما فى الربح معلومًا كجزء شائع أو نسبة من الربح المحقق كالنصف والثلث والربع، وإلا فسد العقد، ولا يجوز أن يحدد حصة أى منهم بمبلغ محدد أو نسبة من رأس المال، أو أن يشترط له مبلغًا كحد أدنى والمشاركة فى الباقى من الربح.

وهذا القول مبنى على مراعاة اللفظ.

---

(١) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى جـ٢/ ٣٠٩.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم جـ١/ ٣٨٤.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعى جـ٥/ ٥٢.

(٤) بحث فى المضاربة للدكتور محمد عبد الحليم عمر ص٢، ٣.

(٥) نهاية المحتاج جـ٥/ ٢٢٧.

الفرع الحادى عشر: المراجعة بلفظ النكاح:

الرَّجعة بفتح الراء لغة: المرة من الرجـوع، وشرعًا: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن فى العـدة. . . وهل هى ابتداء نكاح أو اسـتدامتـه؟ بعض فروع القـاعدة يقـتضى الأول وبعضها يقتضى الثانى فهو مما لا يطلق فيه الترجيح(١).

دليل مشروعيتها:

قوله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ**﴾ (البقرة: ٢٢٨) أى: فى العدة ﴿**إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحًا**﴾ (البـقرة: ٢٢٨) وقوله سبحانه: ﴿**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: ٢٢٩).

وقوله ﷺ لعمر: «مره فليراجعها» والنبى ﷺ «طلق حفصة ثم راجعها»(٢).

فإذا دخل الرجل بزوجـتـه ثم طلقـها طلقة أو اثنتـين ثم قال لها: نـكحتك، قبل انقـضاء عدتها، فهل يعتبر ذلك رجعة أو لا؟

خلاف فى هذا الفرع على قولين:

الأول: إن اعتبرنا اللفظ، فلا رجعة لأنه قال: نكحتك ولم يقل راجعتك.

وإذن فلا بد من أن تكون المراجعة بلفظ صريح كأن يقول: راجعت زوجتى إلى نكاحى.

والقول الثانى: إن اعتبرنا المعنى، فيكون له الرجـعة؛ لأن الغرض من الرجعة الاستمتاع الحلال، أو المراد مراجـعة الزوجة من نكاح ناقص إلى نكاح كامل غير صـائر لبينونة بانقضاء عدتها.

والأصح أن لفظ التزويج والإنكاح يصح بهـما الرجعة مراعـاة للمعنى لأنهما مـوضوعان لحل الأجنبيـة وصريحان فى النكاح ومـا كان صريحًا فى شـىء ولم يجد نفاذًا فى موضـوعه يكون كناية فى غيـره، والنكاح والتزويج من هذا القبيل لأنهـما موضوعان لحـل الأجنبية ولم يصادفاه لأنهما مستعملان فى الزوجة(٣) فكان لفظ النكاح كناية فى الرجعة، ويستحب الإشهاد على المراجعة خوف جحودها وخـروجًا من خلاف من أوجبه، وإنما لم يجب لأنها فى حكم استدامـة النكاح السابق، والأمر به فى الآية فى قـوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾

(١) حاشية الجمل على المنهج جـ٤/ ٣٨٥.

(٢) أخرجه أبو داود والنسـائى وابن ماجه والحاكم من حـديث ابن عباس عن عمر وأخـرجه له شاهدًا عن أنس يراجع تلخيص الحبير جـ٣/ ٢١٨.

(٣) حاشية العلامة الشيخ سليمان الجمل، على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى جـ٤/ ٣٨٧.

(الطلاق: ٢) محمول على الندب كما فى قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وإنما وجب الإشهاد على النكاح لإثبات الفراش، وهو ثابت هنا[١].

الفرع الثانى عشر: الإقالة بلفظ البيع:

الإقالة: هى أن يبيع المشترى المبيع للبائع بمثل الثمن الذى اشتراه به.

وحكم بيع المبيع قبل قبضه البطلان لقوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[٢].

وأنه ﷺ: «نهى عن بيع ما لم يقبض، وربح ما لم يضمن»[٣].

وعليه فلا يصح من المشترى بيع المبيع قبل قبضه عقارًا كان او منقولاً، وإن أذن البائع فى البيع وقبض الثمن فهل الإقالة من هذا القبيل؟ قال السبكى فى تخريج هذا الفرع على القاعدة فيه رأيان:

١- إن راعينا اللفظ بطل البيع لأن من شروط البيع أن يكون المبيع مملوكًا للبائع، والمشترى لا يستقر ملكه على المبيع إلا بالقبض[٤].

٢- إن راعينا المعنى اعتبرنا الإقالة فسخًا والصحيح فى الإقالة أنها فسخ[٥] وليست بيعًا.

وتندب إقالة النادم ولو قبل القبض لقوله ﷺ: «من أقال نادمًا أقال الله عثرته»[٦] ولا بد له من صيغة بأن يقول أحدهما: أقلتك، ويقول الآخر: قبلت، وإذا كانت الإقالة فى أظهر القولين فسخًا فيكون الفسخ من الآن وقيل من أصله وذلك يقتضى رفع العقد من أساسه وعوده كل من البائع والمشترى إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد.

هذا إذا كانت الإقالة بمثل ثمن الأول، فلو كانت بغير مثل ثمن الأول، كانت بيعًا فاسدًا لعدم قبض المبيع.

قال السبكى: ثم رأيت تخريج هذا الفرع للقاضى حسين على نحو ما قررناه حيث قال:

١- إن اعتبرنا اللفظ لم يصح بيعًا لعدم القبض.

٢- وإن اعتبرنا المعنى فإقالة إذا كانت بمثل ثمن الأول لأنه صريح فى بابه ولم يجد نفاذًا فيه فكان كناية فى غيره وهو الإقالة نظرًا للمعنى[٧].

---

(١) حاشية الجمل على المنهج جـ٤/ ٣٨٦.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان فى صحيحه من حديث يوسف بن ناهك عن حكيم بن حزام يراجع: تلخيص الحبير جـ٣/ ٥.

(٣) رواه ابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب، المرجع السابق.

(٤) التنبيه لأبى إسحاق الشيرازى، ص٥٤. (٥) مغنى المحتاج جـ٢/ ٦٣، المحلى جـ٢/ ٢١٠.

(٦) سنن أبى داود جـ٣/ ٢٧٢، رقم ٣٤٦٠ نشر دار الريان للتراث ط١٤٠٨هـ.

(٧) محاضرات فى قواعد الفقه، ص٦٥.

الفرع الثالث عشر: استئجار من يتعهد النخل: بجزء من ثمرتها:

تعريف المساقاة:

المساقاة: لغة مشتقة من السقى، وشرعًا: عقد بين مالك البستان وعامل يعمل فيه على أن يكون له نصيب من الثمرة، وعرفها بعضهم بقوله: دفع الشخص نخلاً أو شجر عنب لمن يتعهده بسقى وتربية على أن له قدرًا معلومًا من ثمره، وهى من العقود الجائزة على خلاف القياس للحاجة إليها فقد لا يحسن المالك التعهد ومن يحسنه قد لا يملك أشجارًا.

مشروعيتها:

مشروعية المساقاة: مأخوذة من معاملة النبى ﷺ لأهل خيبر هو وخلفاؤه من بعده، فقد أخبر ابن عمر «أن رسول الله ﷺ أعطى أهل خيبر الأرض على أن يزرعوها، ولهم شطر ما خرج منها»(١).

كما كان الخلفاء الراشدون وأكابر الصحابة والتابعين يزراعون من غير أن ينكر ذلك منكر، وليس هناك إجماع أعظم من هذا لا سيما وأهل بيعة الرضوان جميعهم زارعوا اليهود على عهد رسول الله ﷺ إلى أن أجلاهم عمر إلى تيماء(٢).

ما تجوز فيه المساقاة:

تكون المساقاة فى النخل والعنب، وهذا فى المذهب الجديد للشافعى.

أما المذهب القديم فالمساقاة فى سائر الأشجار المثمرة بالفعل، أو الأشجار التى من شأنها الإثمار إن لم تكن مثمرة.

وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد واختاره النووى من حيث الدليل(٣).

ولا بد فى المساقاة من تخصيص الثمر بين صاحب البستان والعامل واشتراكهما فيه والعلم بنصيب كل منهما بالجزئية كالنصف أو الثلث أو الربع.

فإذا كانت المساقاة بلفظ الإجارة؟ ففيها قولان:

الأول: إن هذا العقد إجارة فاسدة، لمراعاة اللفظ ولعدم وجود شرط الإجارة، لأن من شروطها تقدير الأجرة، وكونها معلومة قدرًا وجنسًا، وصفة، وهذا كله غير متحقق هنا، فالثمن ليس معلومًا قدرا ولا صفة وإن علم جنسًا.

والثانى: تصح مساقاة نظرًا إلى المعنى، ولا عبرة باللفظ؛ لأن هذا لفظ إجارة وهو

---

(١) متفق عليه بألفاظ متعددة (انظر: التلخيص لابن حجر جـ٣/ ٥٩).

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص١٦٣ وما بعدها.

(٣) شرح الجلال المحلى على المنهاج ومعه حاشية القليوبى جـ٣/ ٦١.

صريح فيـه ولم يجد نفاذا فيكون كناية فى غـيرها وهو المساقـاة، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، ولوجود عناصر المساقاة فالراجح اعتبار المساقاة.

الفرع الرابع عشر: الإجارة بلفظ المساقاة:

وصورتهـا: أن يقول مالك البسـتان للعامل: ساقـيتك على هذه النخيل مـدة كذا بدراهم معلومة، فهل تصح الإجارة بلفظ المساقاة؟.

١- الأصح أنه عقد مسـاقاة فاسد نظرًا إلى اللفظ؛ لأن المساقـاة ليس فيها دراهم بل هى جزء من الثمرة وليس له مدة معينة ولكن مدتها عندما ينضج الثمر.

٢- ومقابل الأصح: أنه عقد إجارة اعتباراً بالمعنى حيث قال: مدة كذا بدراهم، لأن ذكر المدة والدراهم من خـواص الإجارة، وهذا هو الراجح، فيتـرجح المعنى على اللفظ ولا يلزم من قوله الأصح أن يكون هو الراجح.

الفرع الخامس عشر: عقد بلفظ الإجارة على عمل فى الذمة:

صورة هذا الفـرع أن يعقد بـلفظ الإجارة على عمل فى الذمـة كأن يقـول: ألزمت ذمتك بعمل حجرة نوم مكونة من أربع قطع، ويذكر الوصف الذى تكون عليه، فهل يعتبر عقد إجارة أو سلم؟ فيه وجهان:

الأول: أنه إذا راعينا اللفظ فـلا يشترط قبض الأجـرة فى المجلس لأنه كالإجارة بمـعين نظرًا للفظ الإجازة.

والثـانى: إن راعينا المعنى فهو عقد سلم، والسلم يشترط فيه شروط ومنها تسليم الأجرة فى المجلس.

والصحيح اعتبار العقد سلمًا وعليـه فلا بد من قبض الأجرة فى المجلس حتى لا يجتمع فى العقد غرران وهما جهالة المسلم فيه وجهالة رأس مال السلم؛ لأن السلم جوز على خلاف القياس فـهومرتبط بمعدوم وهذا غـرر فكأن الأصل فيه عدم الجواز ولكنه جـوز لحاجة الناس إليه.

الفرع السادس عشر: عقد الإجارة بلفظ البيع:

صورة الفرع: أن يعقد الإجارة بلفظ البيع فيـقول: بعتك منفعة هذه الدار شهرًا، فالأصح المنع نظرًا إلى اللفظ لأن البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يستعمل[1] فى المنافع ولأن البيع لا يشترط فيه التأقيت.

ومقابل الأصح وبه قـال ابن سريج يجوز انعقاد الإجارة بلـفظ البيع نظرًا إلى المعنى لأن

(١) روضة الطالبين للنووى جـ٥/ ١٧٣.

الإجارة نوع من البيع فـهى بيع المنافع فتجوز بلفظ البيع لأن إعـمال الكلام أولى من إهماله؛ ولأن لفظ بعتك صريح فى بابه ولم يجد نفاذًا فيه فهو كناية فى غيره وهو الإجارة(١).

الفرع السابع عشر: القراض على أن كل الربح للعامل:

صورة الفرع: أن يقول المالك للعامل: قارضتك على أن كل الربح لك، ففيه وجهان:

الأول: وهو الأصح أنه قراض فاسد نظرًا للفظه ولتخلف شرط القراض؛ لأن من شروطه أن يكون الربح مـشتركـًا بين العامل ورب المـال، فإذا كان الربح كله للعـامل فسـد القراض لمخالفته مقـتضى العقد فيكون له أجرة المثل سواء أكان عالمـًا بالفساد أم لا، لأنه طامع فيما أوجب له الشرع من الأجرة(٢).

الثانى: وهو مقابل الأصح أن هذا قراض صحيح رعاية للمعنى ويستحق الربح كله.

وكذلك يكون قراضًا فاسدًا إذا قال: قارضتك على أن كل الربح لى.

وقيل: إنه إبضاع، فكأنه قال: أبضعـتك، والإبضاع توكيل بلا جعل وهو بعث المال مع من يتجر له به تبرعًا.

والأصح أن يكون قراضًا فاسدًا نظرًا للفظ، وعليـه فلا شىء للعامل فى الربح لأنه متبرع بالعـمل ورضى بذلك، أو يكون له أجـرة المثـل، ولا يكون له نصيب مـن الربح فى العقـد الفاسد.

ويجرى الخلاف فيما لو قال: أبضعتك على أن نصف الربح لك(٣).

فإذا نظرنا إلى اللفظ فهـو إبضاع فاسد لأن الإبضاع لا أجرة فـيه، وإذا نظرنا إلى المعنى فهو قراض لأنه قال: نصف الربح لك، والحـمل على الإبضاع أولى من الحمل على القراض وهنا اللفظ والمعنى متساويان فلا ترجيح لأحدهما على الآخر.

الفرع الثامن عشر: إذا وكل شخص غيره أن يطلق زوجته طلاقا منجزًا:

صورة الفـرع: أن الزوجة قد دخلت الدار فـقال لها الوكـيل: إن كنت دخلت الدار فأنت طالق، فهل يقع الطلاق؟.

قال السيوطى: فـيه وجهان؛ لأنه منجز من حيث المعنى ومعلق من حـيث اللفظ، فهما وجهان.

الأول: إذا راعينا المعنى وقع الطلاق منجزًا لأنه يعلم أنها دخلت الدار، وأن المعلق عليه حصل يقينًا ولا عبرة بهذا التعليق الصورى.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملى جـ٥/ ٢٢٦.

(٣) المرجع نفسه.

وإن راعينا اللفظ فلا يقع الطلاق لأنه وكله فى طلاق منجز وهو قد طلق طلاقًا معلقًا والراجح اعتبار المعنى فنقول بوقوع الطلاق لأنه وقع على وفق ما طلب الموكل وللاحتياط فى الفروج.

الفرع التاسع عشر: ضمان الدين بشرط براءة المدين:

الضمان لغة: الالتزام، وشرعًا: التزام دين أو إحضار عين أو بدن، أو هو ضم ذمة إلى ذمة أخرى، وسمى بذلك لأن من التزم مال غيره فقد جعله فى ذمته(١).

وصورتها أن يقول شخص لآخر: ضمنت مالك الذى على فلان بشرط أنه برىء؟ فإن نظرنا إلى اللفظ فهو ضمان فاسد؛ لأنه شرط شرطًا يتنافى مع مقتضى عقد الضمان وهو براءة المدين، وكل شرط يتنافى مع مقتضى العقد فهو باطل.

وإن نظرنا إلى المعنى فهو حوالة بلفظ الضمان فيبرأ المحيل وهو المدين، إذ بالحوالة ينتقل الدين من المحيل إلى ذمة المحال عليه.

والأصح القول الأول لأن دلائل الضمان أكثر وأوضح من دلائل الحوالة، لذلك فإن دلالة اللفظ على الضمان أقوى والشرط هو الذى أفسد الضمان.

الفرع العشرون: الحوالة بشرط أن لا يبرأ المدين:

فى هذه المسألة قولان:

الأول: إذا نظرنا إلى لفظ الحوالة فهى فاسدة؛ لأن الحوالة تقتضى براءة ذمة المحيل من دين عليه وكل شرط ينافى مقتضى العقد يفسده لأن مقتضيات العقود تجب بالشرع فيعتبر تغييرها تغييرًا لما أوجبه الشرع، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع(٢) فتكون الحوالة فاسدة.

والثانى: إذا نظرنا إلى المعنى فهو ضمان لأن عدم البراءة من خواصه، فمعنى أحلتك هنا أى جعلتك ضامنًا لى ولا تبرأ ذمة المحيل؛ لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة أخرى، ولا تبرأ ذمة المدين.

والأصح اعتبار اللفظ فيكون العقد حوالة فاسدة وعلة الترجيح أن الصيغة هنا قوية الدلالة على كونه حوالة فاسدة نظرًا لقوله: بشرط أن يبرأ المدين.

الفرع الحادى والعشرون: الوقف على غير معين:

إذا وقف على غير معين كالفقراء والمساكين والعلماء والمتعلمين والمساجد والمدارس

---

(١) يراجع: حاشية القليوبى جـ٢/ ٣٢٣.

(٢) بتصرف من القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص١٨٧.

والقناطر فهو وقف صحيح اعتباراً بالمعنى لأن المقصود جهة القربى ولهذا لا يجب الاستيعاب بل يجوز الاقتصار على ثلاثة[١] من كل نوع.

وقيل: لا يصح الوقف اعتباراً باللفظ، فإنه تمليك لمجهول، وهذا الخلاف يجرى فى الوقف على قبيلة بنى تميم وغيرها ممن لا ينحصر... فإن راعينا القربة صح الوقف، وإلا فلا يصح لتعذر الاستيعاب، ولأنه تمليك لمجهول، والتمليك لمجهول غير صحيح؛ لأن الوقف يقتضى القبول ويكون من معين وهو هنا ليس معيناً[٢].

الفرع الثاني والعشرون: أخذ البعير ببعيرين قرضًا:

فيه وجهان:

الأول: أن هذا عقد قرض فاسد نظراً إلى اللفظ؛ لأن القرض يجب فيه رد مثله، والبعيران ليسا مثل البعير فهو قرض جر نفعًا مشروطًا وهذا هو الربا بعينه، لأن القرض المشرورط يجب رد مثله فقط.

والثانى: أنه عقد بيع نظراً إلى المعنى فكأنه قال: بعتك البعير ببعيرين؛ لأن البيع مبادلة مال بمال، فهو بيع حلال وهو الراجح لأن حمل الكلام على ما به يصح أولى من حمله على ما به يفسد، فيصح البيع ما لم يشتمل الثمن والمبيع على لبن يقصد فيكون ربا؛ لأن اللبن فى ضرع البعير ربوى وهو مقدر بالتخمين فى البدلية والتخمين قد يخطئ فلا تتحقق المماثلة والجهل بالمماثلة كعين المفاضلة فى باب الربا.

الفرع الثالث والعشرون: ادعاء المدين الإبراء من الدين:

فلو ادعى المدين أن الدائن أبرأه من الدين، فشهد له شاهدان أنه وهب ذلك الدين أو تصدق به عليه فهل يقبل القاضى شهادة الشهود نظراً إلى المعنى لأن المعنى إبراء المدين من الدين؟.

أو لا يقبل الشهادة منهم نظراً إلى اللفظ لأن الشاهدين شهدا بغير ما يدعيه المدعى لأن التصدق أو الهبة لا يطابق الدعوى؟.

والراجح اعتبار المعنى؛ لأن الشهادة معناها أنه ليس له عليه شيء، وتلاقت الشهادة مع الدعوى فى المعنى، وهذا يكفى؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه المدعى نظراً لأن ذمة الشخص على البراءة الأصلية وكونه مشغول الذمة خلاف الأصل، ومن ثم يقبل فى شغل الذمة شاهد واحد ما لم يعتضد بآخر أو يمين المدعى.

---

(١) بتصرف من القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص١٨٧.

(٢) روضة الطالبين جـ٥/ ٣٢٩، ٣٢٠.

الفرع الرابع والعشرون: هبة منافع الدار:

صورة هذا الفرع أن يقول شخص لآخـر: وهبت لك منافع هذه الدار، فهل تـصح الـهبة أو لا؟ فى هذا الفرع وجهان:

الأول: تصح الهبة، وتكون الدار إعارة نظرًا إلى المعنى لأنه لا يمكن اسـتيفاء المنفعة إلا بالاستـيلاء على الدار، والمـعنى على ذلك: وهبـتك منافع دارى أو أعرتك الدار لاسـتيـفاء المنافع فلا طـريق يوصل إلى استيـفاء المنفـعة إلا بجعل العـين معارة، فـهبة المـنافع ليست بتـمليك بناء على أن مـا وهبت منافـعـه عـارية نظرًا للمـعنى وبه جـزم المـاوردى ورجحـه الزركشى[١].

والثانى: لا تصح هبة المنافع؛ لأن المنافع معدومة والهبة لا تتعلق إلا بالموجود والمنافع ليس لها وجود ذاتى، وليست من الأمور التى لها ذاتية مـشخصة ولهذا رجح البلقينى أن الهبة تمليك منافع بلا مـقـابل، والمالـك له الرجوع فـيـها مـتى شاء قـبل قـبض المنفـعة وقـبل استيفائها[٢]، ولا يلزم عقد الهبة إلا فيما استهلك من المنافع.

الفرع الخامس والعشرون: قال الزوج لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق:

فهل هو حلف نظرًا إلى المعنى؛ لأنه تعلق به منع أو لا نظرًا إلى اللفظ لكون (إذا) ليست من ألفاظه لما فيه من التأقيت بخلاف (إن) فى هذه الصورة وجهان:

الوجـه الأول: أنه يمين لأن اليمين ما تعلق به حـث على فعل أو منع من فعل أو تحقيق خبر، فالحث على فعل مـثاله: إن لم تدخلى الدار فأنت طالق، والمنع من الفعل: إن دخلت الدار فأنت طالق، وتحـقيق الخبـر مثاله: إن لم يكن كـما قلت فامـرأتى طالق، فهل الحلف بقوله: «إذا» كالحلف بقوله: «إن» فى المعنى؟.

لتوضيح ذلك نقـول: «إن» تربط جوابها بشرطها مثل (إن ذاكـرت نجحت) ولا دخل لها بالزمن إطلاقًا.

أما «إذا» فمـثالها: «إذا لم تدخلى الدار فأنـت طالق» وهذا حلف لأن الحلف ما تعلق به حث أو منع أو تحقيق خبر.

والمعنى الموجود فى «إن» موجـود فى «إذا» ولكن باعتبار اللفظ لا تكون «إذا» مثل «إن» فى الحلف لأن الزمن جزء من مدلولها وليس المقصود من لفظها حث أو منع أو تحقيق خبر.

فتكون «إذا» من صيغ الحلف اعتبارًا بمعناها، أما باعتبار لفظها فليست من ألفاظ الحلف لما فى «إذا» من التأقيت.

---

(١) محاضرات فى قواعد الفقه ص٧٠.

(٢) نهاية المحتاج للرملى جـ٥/ ٤١٠.

وعليه فلو قال لزوجته: «إذا دخلت الدار فأنت طالق» ففى هذه المسألة وجهان:

الأول: وهو الأصح، أنه حلف نظرًا إلى المعنى لأن الحلف ما تعلق به منع.

الثانى: ليس بحلف نظرًا إلى اللفظ لكون «إذا» ليست من ألفاظه.

وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما يلى:

أولاً: إذا قال لزوجته: إذا حلفت بالطلاق فأنت طالق، ثم قال لها: «إذا دخلت دار أبيك فأنت طالق».

إن راعينا اللفظ لا يقع الطلاق؛ لأنه حلف فقال «إذا» ولم يقل «إن».

وإن راعينا المعنى وقع الطلاق؛ لأنه تعلق به منع.

ثانيًا: إذا قال: «إن حلفت بالطلاق فأنت طالق» ثم قال: «إن كانت الشمس طالعة فأنت طالق».

فإن راعينا اللفظ لا يكون حلف لأنه لم يتحقق فيه معنى الحلف، وهو الحث على فعل أو المنع منه أو تحقيق خبر فلا تطلق فى الأول، وتطلق فى الثانى إذا تحقق المعلق عليه.

وإن راعينا المعنى طلقت فى الأولى والثانية.

ثالثًا: فيما إذا قال: «إن حلفت بالطلاق فأنت طالق» ثم قال: «إن دخلت الدار فأنت طالق» يقع فى الأول لوقوع المعلق عليه وهو الحلف، ويقع الثانى عند وقوع المعلق وهو الدخول.

رابعًا: فيما إذا قال لها: «إن حلفت بالطلاق فأنت طالق» ثم قال: «إذا دخلت دار أبيك فأنت طالق».

إن راعينا معنى «إذا» وقع الطلاق الأول لأن معناه الحلف، والثانى يقع مع وقوع المعلق عليه.

وإن راعينا اللفظ لا يقع الأول؛ لأن «إذا» ليست من ألفاظ الطلاق، ويقع الثانى عند وقوع المعلق عليه[1].

الفرع السادس والعشرون: الوقف على الدابة:

هذه المسألة فيها وجهان:

الأول: البطلان وهو الأصح نظرًا إلى اللفظ لأن الدابة لا تملك، وتمليك ما لا يملك باطل، وبناء عليه فلا يصح الوقف على بهيمة لعدم أهليتها للملك.

والثانى: يصح الوقف نظرًا إلى المعنى ويصرف على علفها لأنه يقصد العلف فهو لم يرد الدابة نفسها بل ما يصرف عليها.

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج جـ٥/ ٤١٠.

فإن قصد به مالكها فهو وقف عليه[١] فلو لم يكن لها مالك بأن كانت وقفًا، فهل يبطل نظرًا للفظ أو يصح نظرًا للمعنى وهو الإنفاق عليها؟.

فيه وجهان:

الأول: فإذا نظرنا إلى اللفظ يبطل الوقف؛ لأنه وقف على دابة ليس لها مالك، وإذا نظرنا إلى المعنى صح الوقف لأن الإنفاق عليها قربة وطاعة.

القاعدة الثالثة: «العين المستعارة للرهن... هل المغلب فيها جانب الضمان أو جانب العارية»؟

قولان: قال فى شرح المهذب والترجيح مختلف فى الفروع[٢].

شرح مفردات القاعدة:

١- **العين المستعارة:** هى التى استعارها شخص ليرهنها فى دين عليه، ورضى المعير أن تكون محل وفاء، فهل المغلب فيها جانب الضمان وهو الرهن فنعطيها حكم المرهون أو جانب العارية؟.

هذه المسألة مختلف فيها فى الفروع فيرجح جانب العارية تارة ويرجح جانب الرهن أخرى.

٢- **حقيقة العارية:** أنها عقد يبيح الانتفاع بالعين لا على التأبيد، فهى إباحة المنافع، أو هبة المنافع[٣] كما قال الماوردى.

والعارية مأخوذة من التعاور بمعنى التناوب، وكانت واجبة فى صدر الإسلام ثم نسخت إلى الندب[٤].

٣- **وصفتها:** أنها عقد جائز من الطرفين مطلقًا قبل القبض وبعده، فللمعير الرجوع متى شاء، وللمستعير الرد متى شاء سواء فى العارية المطلقة أو المؤقتة[٥] لأنها تبرع بالمنافع المستقبلة، والتبرع إذا لم يتصل بالقبض جاز فيه الرجوع وكذا الإباحة يجوز فيها الرجوع فلو منعنا المالك من الرجوع[٦] لامتنع الناس منها ولهذا كانت من العقود الجائزة غير اللازمة.

٤- **ويد المستعير:** يد ضمان مطلقًا قصر أو لم يقصر، فإذا تلفت العين فى يد المستعير،

(١) محاضرات فى قواعد الفقه، ص٧٢، ٧٣.
(٢) حاشية الشبراملسى جـ٥/ ٣٦٦، الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٨٣ - ١٨٦.
(٣) الأشباه للسيوطى ص١٨٦.
(٤) حاشية الجمل على المنهج جـ٣/ ٤٥٢.
(٥) حاشية القليوبى جـ٣/ ١٧.
(٦) روضة الطالبين جـ٤/ ٤٣٦.

ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أو بفعله، بتقصير أو بلا تقصير، وأما القول بأنها لا تضمن إلا بالتعدى فهو ضعيف(١).

وضمان العين المستعارة بقيمتها من يوم القبض إلى يوم التلف(٢) لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٣).

٥- **والرهن:** لغة الثبوت والدوام، ومنه الحالة الراهنة، أى الثابتة، وقال الماوردى: هو الاحتباس، ومنه ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (المدثر: ٣٨).

وشرعًا عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر الوفاء(٤).

٦- **وصفة هذا العقد:** أنه جائز من جهة المرتهن وهو الدائن قبل القبض وبعده، أما من جهة الراهن فجائز قبل القبض لازم بعده.

٧- **والرهن أمانة فى يد المرتهن:** لا يسقط بتلفه شيء من الدين، ولا يلزمه ضمانه إلا إذا تعدى فيه، فلا يضمن إلا بالتفريط أو التعدى؛ لأنه لو كانت يده يد ضمان لما تراهن الناس ولوقف هذا فى طريقة جعل الرهن وثيقة... ولا يصير مضمونًا إلا إذا امتنع من الرد بعد المطالبة(٥).

٨- **ويستفاد من هذه القاعدة:** أنه لا يشترط فى العين المرهونة أن تكون مملوكة للراهن.

فروع هذه القاعدة:

الفرع الأول: هل للمعير الرجوع بعد قبض المرتهن:

صورة الفرع، شخص استعار دارًا أو أرضًا أو دابة ورهها فى دين عليه، هل للمعير الرجوع بعد قبض المرتهن للعين المرهونة؟.

يتوقف ذلك على أيهما المغلب... فإن قلنا المغلب جانب العارية ففيها وجهان:

الأول: وهو المذكور فى الأشباه... نعم لأن عقد العارية جائز فيكون له الرجوع فيه مطلقًا.

والثانى: ليس للمعير الرجوع لأنه إنما أعارها برضاه، وهو يعلم أنها ستباع عند عدم الوفاء.

وإن قلنا: المغلب جانب الضمان... فلا يجوز للمعير الرجوع، إذ بعد القبض أصبح

(١) حاشية الشيخ عمرية جـ٣/ ٢١، ٢٢. (٢) روضة الطالبين جـ٣/ ٤٣١.

(٣) رواه أحمد والنسائى وابن ماجه والحاكم من حديث الحسن عن سمرة، يراجع تلخيص الحبير لابن حجر جـ٣/ ١١٧.

(٤) مغنى المحتاج جـ٢/ ١٢١. (٥) روضة الطالبين جـ٤/ ٩٦.

الرهن لازمًا وهو الأصح؛ لأنه لو جاز للمعير الرجوع لما كان للرهن معنى فهو ما شرع إلا ليكون وثيقة بالدين يستوفى منه عند تعذر الوفاء.

الفرع الثانى: معرفة المعير جنس الدين وقدره وصفته:

يتوقف ذلك على معرفة هل المغلب فى العين المستعارة للرهن جانب العارية أو جانب الضمان؟ وهل يشترط فى المعير أن يعرف جنس الدين وصفته، وقدره أو لا؟ فى هذه الصورة وجهان:

الأول: يشترط معرفة المعير جنس الدين وقدره وصفته، وذلك تغليبًا لجانب الضمان؛ لأن العين ستباع عند حلول أجل الدين لاستيفاء الدين من العين التى هى ملك المعير فله أغراض ترتبط بمعرفة جنس الدين وقدره وصفته من ناحية أن العين التى للمعير أصبحت مرهونة لمصلحة المرتهن، فأصبح المعير هو المدين فى الواقع.

الثانى: لا يشترط معرفة المعير جنس الدين ولا قدره ولا صفته، تغليبًا لجانب العارية لأنه يحق له الرجوع فى أى وقت لأن عقدها جائز.

الفرع الثالث: هل للمعير إجبار المستعير على فك الرهن؟:

يتوقف ذلك على ما إذا كان له حق الرجوع أو لا، وفيه قولان:

الأول: إن قلنا إن للمعير الرجوع فليس له إجبار المستعير على ذلك الرهن لأنه متمكن من الرجوع فى أي وقت، وذلك بناء على أن المغلب هنا جانب العارية وهى عقد جائز فله الرجوع[1].

الثانى: إن قلنا: ليس له الرجوع فذلك على الوجه الثانى فى العارية القائل بعدم جواز الرجوع فى العارية بعد قبض المرتهن العين المعارة وكذلك ليس له الرجوع على القول بالضمان، إن كان الدين مؤجلاً قياسًا على من ضمن دينًا مؤجلاً فليس له أن يطالب الأصل بتعجيله لتبرأ ذمة الضامن، وله الإجبار على القول بالضمان إن كان الدين حالاً.

الفرع الرابع: إذا حل الدين وبيع الرهن فيه:

صورة الفرع أن إنسانًا استعار عينًا ليرهنها ثم حل أجل الدين، وبيع الرهن فيه، فهل المغلب فيها جانب العارية أو جانب الضمان أى الرهن؟.

فإن قلنا: المغلب العارية، فليس للمستعير أن يبيع العين إلا بعد إذن المعير فالبيع يتوقف على إذن المعير؛ لأن المستعير غير مالك للعين، فإن باعها بغير إذنه فللمعير أن يرجع على المستعير بقيمة العين المستعارة؛ لأن العين تضمن بقيمتها يوم تلفها وبيعها كتلفها.

(١) محاضرات فى قواعد الفقه ص٧٥.

وقيل: للمعير أن يرجع على المستعير بما بيعت به العين قل أو كثر؛ لأن الثمن ملكه.

وإن قـلنـا: المغلب فى العين المستعارة جانب الضمـان، رجع المعير على المستعير بما بيعت به العـين قل أو كثر أى يـعامل معـاملة الرهن وذلك لأنه حينما أعطاهـا لتكون مرهونة رضى ببيعها لاستيفاء الدين فله ثمن مـا بيعت به قل أو كثر، ولا يتوقف البيع على إذن المعير لأنه أعارها، وهو يعلم أنها ستباع عند تعذر الوفاء بالدين.

وهذا هو الأصح، لأن الثمن ملكه، وهذا ثمنها الذى بيعت به.

أما إذا لم تبع العين المرهونة بأن سدد المستـعير الدين، فلا يأتى هذا التفضيل، وهذا هو المعقول.

الفرع الخامس: حكم تلف الرهن تحت يد المرتهن:

صورة الفرع أن المدين استعار عينًا ورهنها فى دين، وتلفت تحت يد المرتهن فهل يضمن أو لا؟.

يتوقف الحكم فى هذه المسألة على القول أيهما هو المغلب؟.

فـــإن قلـنا: بأن المغلب جـانب العارية، يضـمنها الراهن، لأن العارية تضـمن بالتلف والإتلاف، ولأن يده على العين المستعارة يد ضمان، فيضمن مطلقًا، ولا شىء على المرتهن لأن يده يد أمانة، وصحح القول بأنها عارية الإمام النووى.

وإن قلـنا: المغلب جانب الضمان، فلا شىء على الراهن لأن الراهن لم يسقط الحق عن ذمته حتى يضمن، ولا على المرتهن، لأن يده يد أمانة، وهى لا تضمن إلا بالإتلاف.

والأصح فى هذا الفرع... أن الراهن يضـمن لئلا يضيع حق المـعير فيمـا أعار، وذلك على القول بالعارية، وهو الأرفق دينًا وعقلا، وهذا هو المعقول[1].

تنبيه:

عبر كثـير من أصحاب[2] الأشباه عن هذه القاعدة بقولهم: فـى العين المستعارة للرهن **«هل هو ضمان أو عارية»**.

وقال إمام الحرمين: العـقد فيه شائبة من الضمان، وشائبـة من العارية، فليس هو ضمان محض ولا عارية محـضة، بل القولان فى تغليب أحدهما على الآخر، ولذلك عـبر السيوطى هل المغلب...، ولم يقل هل هو ضمان أو عارية، فتعبير السيوطى أوفق وأدق من غيره.

* * *

(١) محاضرات فى قواعد الفقه ص٧٦.

(٢) بتصرف من الأشباه والنظائر، للسيوطى ص١٨٧.

القاعدة الرابعة: الحوالة: هل هى بيع أو استيفاء؟ خلاف. قال فى شرح المهذب: والترجيح مختلف فى الفروع[1]:

تعريف الحوالة: هى لغة: التحويل والانتقال، وهى بفتح الحاء أفصح من كسرها، وسميت بذلك لأن الدين يتحول من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

وشرعًا: عقد يقتضى انتقال دين من ذمة إلى ذمة أخرى والأصل فيها خبر الصحيحين: «مطل الغنى ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع»[2].

والمعنى إذا أحيل فليحتل وهذا الحديث دَلَّ على أنه يجب على من أحيل بحقه على ملىء أن يحتال. . . وإلى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة وأبو ثور وابن جرير، وحمله الجمهور على الاستحباب، وصرفه عن الوجوب القياس على سائر المعاوضات.

ويشترط أن يكون الملىء وفيًا، ولا شبهة فى ماله، ويشترط فى صحتها رضا المحيل بلا خلاف، والمحتال عند الأكثر، والمحال عليه عند بعض، ويشترط أيضًا تماثل النقدين فى الصفات، وأن يكون فى شىء معلوم.

معنى كونها بيع دين بدين:

اختلف العلماء فى الحوالة: هل هى بيع دين بدين رخص فيه فاستثنى من النهى عن بيع الدين بالدين أو هى استيفاء؟ الأصح أنها بيع دين بدين جوز للحاجة إليها مُنَزَّلة منزلة الضرورة، ولهذا لم يعتبر التقابض فى المجلس، وإن كان الدينان ربويين، فهو بيع لأنهما إبدال مال بمال؛ لأن كل واحد ملك بها ما لم يملك فكأن المحيل باع المحتال ماله فى ذمة المحال عليه بما للمحتال فى ذمته.

وصورة الحوالة على أنها بيع دين بدين:

أن المحيل باع ما فى ذمة المحال عليه للمحتال بماله عليه، أو أن المحيل باع ماله على المحال عليه بما عليه للمحتال[3].

أركانها على أنها بيع:

١- البائع، وهو المحيل (المدين).

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٨٧.

(٢) رواه الجماعة وفى لفظ لأحمد: «أحيل على ملىء فليحل» يراجع: نيل الأوطار جـ٥/ ٢٦٦.

(٣) نيل الأوطار جـ٥/ ٢٦٦.

٢- المشترى، وهو المحتال (الدائن).

٣- المبيع وهو دين المحال عليه، إذ أن المحيل باع ماله على المحال عليه بما عليه للمحتال.

٤- الثمن وهو الدين الذى على المحيل للمحتال.

٥- الصيغة، وهو ما صدر من المحتال.

وصورة الحوالة على أنها استيفاء حق:

كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل، وأقرضه المحال عليه.

فإذا قلنا: إنها بيع، فهل يشترط رضا المحال عليه؟ قال العلماء: لا يشترط ذلك لأن المحال عليه هو المبيع ولا يشترط رضا المبيع؛ لأنه لا يتصور ذلك فيه[1].

وهل يشترط رضا المحال عليه على أنها استيفاء؟ نعم يشترط رضاه لأنه يعتبر مقترضًا والمقترض لا بد من رضاه.

ما يبنى على الحوالة: ينبنى عليها: براءة ذمة المحيل من دين المحتال، وبراءة المحال عليه من دين المحيل.

شروط صحة الحوالة:

من شروط صحة الحوالة رضا المحيل والمحتال فإنهما عاقدان على القول بأن الحوالة بيع لأنهما عاقدان والعاقدان لا بد من رضاهما.

فلو قال رجل لزوجته: إن بعت فأنتُ طالق، فأحال من له دين عليه على زيد من الناس فيقع الطلاق بهذه الحوالة إن قلنا: إنها بيع، ولا يقع الطلاق فى هذه الصورة إذا قلنا: إن الحوالة استيفاء ولأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء فلا يلزم بجهة.

وحق المحتال فى ذمة المحيل، فلا ينتقل إلا برضاه؛ لأن الذمم تتفاوت... وطريق الوقوف على تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول، أما المحال عليه فلا يشترط رضاه لأنه محل الحق والتصرف؛ ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره، كما لو وكل غيره بالاستيفاء[2].

فروع هذه القاعدة:

من أهم هذه الفروع ما يأتى:

الفرع الأول: ثبوت الخيار:

---

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب جـ٢/ ١٩٤.

والخيار: هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه، والأصل فى البيع اللزوم، لأن القصد منه نقل الملك، إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقًا بالمتعاقدين[(١)].

فهل يثبت فى الحوالة الخيار؟ فى ذلك وجهان:

الأول: وهو الأصح لا يثبت فيها الخيار بناء على أنها استيفاء؛ لأن الحوالة شرعت على خلاف القياس للحاجة والتيسير ليصل الدائن المحتال إلى دينه بواسطتها.

والقول بأنه بيع ينفى المصلحة التى من أجلها جوزت؛ ولأن الخيار شرع للتروى وذلك لا يكون إلا فى الأعيان فقط لكن هنا الدين فى الذمة فلا يناسب التروى.

والثانى: يثبت فيها الخيار، وهذا إذا جرينا على أن الحوالة بيع دين بدين، لأن الخيار من مقتضيات عقد البيع، والأصح لا خيار فيها لما قررناه.

الفرع الثانى: الثمن فى مدة الخيار:

الحوالة بالثمن من المشترى أو الحوالة عليه من البائع جائزة وفى ذلك وجهان:

الأول: إن قلنا: إن الحوالة استيفاء، جاز لأن الثمن وإن لم يكن لازمًا إلا أنه آيل للزوم.

والثانى: إن قلنا: إنها بيع، فلا يجوز لأن الثمن غير لازم الآن وقت الحوالة، فلا يصح أن يحال عليه ولا به.

وعلة ذلك، أنه يشترط أن يكون المبيع مملوكًا ملكًا تامًّا، وهذا غير مملوك، وليس لازمًا الآن قياسًا على التصرف فى المبيع فى زمن الخيار.

والأصح، الجواز بناء على أن الحوالة استيفاء لما فيه من التيسير على الناس.

وصورة هذا الفرع أن يبيع شخص لآخر شيئًا وقد شرط الخيار ثلاثة أيام أو مدة خيار المجلس فهل يجوز أن يحيل المشترى البائع بهذا الثمن فى مدة الخيار أو يحيل البائع على المشترى فى مدة الخيار؟ يكون الحكم فى ذلك على ما قررناه سابقًا.

الفرع الثالث: الحوالة بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنًا:

صورة هذا الفرع أن يقبل المحتال الحوالة ولكنه طلب من المحال عليه أن يعطيه رهنًا فى نظير الدين أو يقيم له ضامنًا. . . فى هذه المسألة وجهان:

١- إن قلنا: إنها بيع، فإنها تأخذ أحكام البيع فيجوز الرهن لأن الحوالة فى هذه الصورة بيع دين بدين فله أن يطلب الاستيثاق بالرهن أو الضمان.

٢- وإن قلنا: إنها استيفاء حق وإن الدائن له أن يستوفى حقه من المدين بنفسه أو بغيره فلا يجوز؛ لأنه إقراض، وهذا هو الأصح تيسيرًا على الناس.

---

(١) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب جـ٢/ ١٩٤.

الفرع الرابع: الحوالة على من لا دين عليه:

قال السيوطى: لو أحال على من لا دين عليه برضاه فالأصح بطلانها بناء على أنها بيع، والثانى تصح بناء على أنها استيفاء[١].

قال فى مغنى المحتاج: ولا تصح على من لا دين عليه، وقيل: تصح برضاه[٢].

فمن قال بعدم الصحة وأبطل الحوالة فذلك بناء على أنها بيع إذ ليس للمحيل على المحال عليه شيء يجعله عوضًا عن حق المحتال فتبطل الحوالة لاختلال ركن من أركان البيع وهو الثمن.

ومن قال: تصح الحوالة برضاه فذلك مبناه على أنها استيفاء لأن رضا المحال عليه ضمان له ولكن هل تبرأ ذمة المحيل؟ فيه رأيان:

الأول: لا يبرأ به المحيل.

والثانى: يبرأ لأن أصل الحوالة أن يبرأ المحيل من دين المحتال، وعلى القول بأنه لا يبرأ المحيل بهذه الحوالة فإنه لو تطوع المحال عليه بقضاء دين كان قاضيًا دين غيره وهو جائز[٣].

الفرع الخامس: اشتراط رضا المحال عليه:

فى هذه المسألة وجهان:

الأول: لا يشترط رضا المحال عليه إن قلنا: إنها بيع، لأنه حق المحيل، وهذا الحق لا يحتاج فيه إلى رضا الغير لأن ما عند المحال عليه حق المحيل وله أن يستوفيه بنفسه وله أن يستوفيه بغيره، فلا يحتاج فيه إلى رضا الغير.

والثانى: يشترط رضا المحال عليه إن قلنا: إن الحوالة استيفاء، لتعذر إقراضه من غير رضاه.

والأصح الأول وهو عدم اشتراط الرضا جريًا على أن الحوالة بيع لأن المحال عليه محل استيفاء، ولا يشترط فى محل الاستيفاء الرضا[٤].

الفرع السادس: الحوالة بالزكاة:

صورة الحوالة بالزكاة: أن يحيل من عليه الزكاة الساعى على شخص آخر، إن قلنا إنها استيفاء جاز أن يحيل وكأن الساعى أخذ الزكاة من المزكى وأقرضها المحال عليه.

وإن قلنا: إنها بيع، فلا يجوز الحوالة بها لامتناع أخذ العوض عن الزكاة، ولما يلزم عليه من ضياع ما يشترط فى العبادة من النية.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٨٨. (٢) مغنى المحتاج جـ٢/ ١٩٤.
(٣) مغنى المحتاج جـ٢/ ١٩٤ ومحاضرات فى قواعد الفقه ص٨٠.
(٤) محاضرات فى قواعد الفقه ص٨٠.

الفرع السابع: الحوالة على المفلس:

صورة هذه الحوالة: أن يحيل شخص آخر على فلان ثم تبين أن المحال عليه مفلسٌ، وقد شرط المحتال يسار المحال عليه فهل يكون له الحق فى الرجوع أو لا؟.

الأصح لا رجوع للمحتال على المحيل بناء على أن الحوالة استيفاء لأنه مقصر بترك البحث عن المحال عليه حتى يعرف هل هو مفلس أو غير مفلس.

ومقابل الأصح يجوز له الرجوع بناء على أنها بيع شرط فيه شرط، وكل بيع شرط فيه شرط وتخلف هذا الشرط، ثبت للمشترى الخيار، والمشترى هنا هو المحتال.

الفرع الثامن: احتال على غير المدين برضاه:

صورة المسألة: رجل غير مدين، وجد رجلاً مدينًا يطالب مدينًا فقال له: احتل علىَّ بما لك عليه على أن تبرئه من الدين الذى لك عليه فرضى، وأبرأ المدين، فهل تصح الحوالة؟ فى هذه المسألة وجهان:

الأول: تصح هذه الحولة إذا قلنا: إنها استيفاء، فكأن المحتال استوفى دينه من المدين، وأقرضه المحال عليه.

وقيل: لا تصح لأنه ليس للأصيل دين عليه، والاستيفاء يستلزم أن يكون مدينًا.

والثانى: إن قلنا: إنها بيع، فلا تصح الحوالة لعدم وجود الثمن الذى هو أحد أركان البيع، إذ ليس للمدين الأصيل دين فى ذمة المحال عليه، فعلى أنها بيع لا تصح لعدم وجود الثمن قولاً واحدًا.

الفرع التاسع: الحوالة فى عقد الربا:

صورة ذلك: محمد له على إبراهيم إردب قمح، فقال إبراهيم لمحمد: أحلتك بما علىَّ على محمود وقبض الإردب فى مجلس العقد، فى هذه الصورة قولان:

الأول: إن قلنا: إن الحوالة بيع ربوى بربوى، وكلا منهما فى الذمة فيكون فيه ربا يد، وهذا لا يجوز لما فيه من الاحتياط، والبعد من التعامل بالربا وهذا هو الأصح ولحديث: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[1] وربا اليد هو تأخير القبض لأحد البدليين عن مجالس العقد.

* * *

(١) رواه الترمذى وقال: حديث حسن صحيح، معناه اترك ما تشك فيه وخذ ما لا تشك فيه، راجع: رياض الصالحين للإمام النووى، باب الورع وترك الشبهات، تحقيق مصطفى عمارة، ص٢٦٦.

القاعدة الخامسة: «الإبراء، هل هو إسقاط، أو تمليك؟[١] قولان»:

هذه القاعدة من القـواعد المختلف فـيها بين الفقهـاء، وهى فى إبراء المدين من الدين، وهل الإبراء إسقاط أو تمليك؟ أو هو إبراء وتمليك فى آن واحد؟.

وقبل أن نبين رأى الفقهاء فى ذلك، نوضح معنى الإبراء.

الإبراء لغة واصطلاحًا:

الإبراء فى اللغة معناه: التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشىء.

قال ابن الأعرابى: برئ: تخلص وتنزه، وتباعد[٢].

ومـعناه اصطلاحًا: إسـقاط الشـخص حقّـا له فى ذمـة آخر، ومع أن الإبراء فـيه مـعنى الإسقـاط والتمليك إلا أن المـعرِّف اختـيار لفظ الإسقـاط فى التعريف من بـاب تغليب أحد المعنيين على الآخر[٣].

وأما الاستبراء فله معنيان:

أحدهـما: براءة الرحم، والمعنى الآخر: هو نقاء المخـرجين مما ينافى التطهر، وهو ما يعرف بالاستنجاء[٤].

والمبارأة: صورة خاصة للإبراء، تقع بين الزوجين، وهو ما يسمى بالخلع، أى: أن تبذل المرأة العوض للزوج لكى يطلقها[٥].

إذا عرفنا ذلك فإن حقيقة الإبراء وهل هو للإسـقاط أو التمليك، أو هو دائر بينهما؟ لبيان ذلك، نقول: للفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة آراء:

١- فذهب الحنفية إلى القول: بأن الإبراء عن الدين فيـه معنى التمليك ومعنى الإسقاط، وذلك لأن الإبراء يحتـمل معنى الإسـقاط بالنظر إلى الدائن، فإن الدائن قـد تخلى عن الدين وتركه، وانقطعت مطـالبته به، فهـو قد أسقطه من عناصـر ممتلكاته ومـاله، وهو بالنظر إلى المديـن يحمل مـعنى التمليك، لأنه قـد تملكه، فزاد ثراؤه بقـدره، ألا ترى أنه كان مطـالبًا بانتقاص قدره من ماله فى سبيل الوفاء، فاستبقى له ذلك وهذا يعنى تملكه إياه، فأصبح الدين بالإبراء أصلاً من أصول ثروة المدين بعد أن كان من الخصوم التى تخصم منها[٦].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٨٩.

(٢) المصباح المنير ١/ ٢٦، المعجم الوسيط ١/ ٤٥، ولسان العرب ١/ ٣٥٦.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٠. (٤) موسوعة الكويت ١/ ١٤٣ مادة إبراء.

(٥) حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٠، جواهر الإكليل ٢/ ٣٣١، القليوبى ٣/ ٣٠٧، المقنع ٣/ ١٢٩.

(٦) فتح القدير ٧/ ٤٤.

٢- وذهب المالكية فى قول مرجوح وبعض الشافعية والقول المعتمد عند الحنابلة والإمامية والظاهرية والزيدية فى الراجح[١] عندهم فقالوا: إن الإبراء إسقاط، لأنه لو كان تمليكًا لصح الإبراء من الأعيان: لكن الإبراء لا يصح إلا من الدين فلم يبق إلا أن يكون إسقاطًا[٢].

ثم إنهم نظروا إلى أن مُنْشِئ الإبراء، هو الدائن، والدائن يأتى من ناحيته الإسقاط فكان الإبراء يغلب فيه معنى الإسقاط.

ولهذا: لو حَلَفَ ألا يهب لشخص فأبرأه لم يحنث، لأن الهبة تمليك، وهذا إسقاط[٣].

٣- وذهب المالكية فى الرأى الراجح وبعض الشافعية والحنابلة والمؤيد بالله من الزيدية فى أحد قولية إلى أن الإبراء تمليك لما فى ذمة المدين.

وحجتهم فى ذلك: أن الغرض من الإبراء هو تمليك المدين ما عليه من دين، وأن الدين قد دخل فى ملكه بعد أن كان مطالبًا به، فكان الإبراء تمليكًا[٤].

وهذا هو الذى يترجح فى نظرنا، فيكون الإبراء تمليكًا لأن محل الإبراء الحقوق الثابتة فى الذمة، وهى تتمثل فى الديون أيًا كان مصدرها، والديون كلها قابلة للتمليك.

فإذا أضفنا إلى ذلك: أن الإبراء لا يرد على الحقوق التى لا تثبت فى الذمة ومنها حق ملكية العصمة، وحق ملكية الرقبة، وحق القصاص، وحق الشفعة، فإن هذه الحقوق يرد عليها الإسقاط وذلك مما يؤكد ترجيح جانب التمليك فى الإبراء على جانب الإسقاط[٥].

دليل القاعدة:

يدل على قاعدة إبراء المدين أو إمهاله إلى ميسرة قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢٨٠).

وقول الرسول ﷺ فيما أخرجه الترمذى عن أبى هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: «من أنظر معسرًا أو وضع له أظله الله يوم القيامة تحت ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله»[٦].

---

(١) حاشية الدسوقى ٤/ ٩٩، مغنى المحتاج ٣/ ١٩٤، كشاف القناع ٢/ ٤٧٨، اللمعة الدمشقية للعاملى ٥/ ٣٥٩ شرح الازهار ٤/ ٢٩٨، ٢٩٩، البحر الزخار ٥/ ٩٦، المحلى ٦/ ١٤٣.

(٢) موسوعة الكويت ١/ ١٤٨.

(٣) الفروع لابن مفلح ٤/ ١٩٤.

(٤) حاشية الدسوقى ٤/ ٩٩، الفروق ٢/ ١١٠، ١١١، مغنى المحتاج ٣/ ١٩٤، الفروع ٤/ ١٩٤، شرح الأزهار ٤/ ٢٩٩.

(٥) النظرية العامة فى الإبراء فى الفقه الإسلامى ص٣٩، ٤٠ رسالة دكتوراه بكلية الحقوق بأسيوط أعدها: الدكتور ربيع ردير محمد على ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م.

(٦) سنن الترمذى ٣/ ٥٩٩ كتاب البيوع باب فى إنذار المعسر، الحديث رقم ١٣٠٦.

فقد رغبت الآية والحديث في الإحسان إلى المعسر بتأجيل الدين أو التصدق به عليه إذا اقتضى الأمر ذلك وهو في الغالب يتضمن إسقاط الحق عن المعسر الذى يثقل الدين كاهله وهذا من شأنه أن يزيد في المودة بين الدائن والمدين(١).

فدل ذلك على أن الإسلام يدعو إلى الرفق، ويحث على الرحمة بالمعسر حتى يتمكن من الوفاء، فالحق لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

الفروع الفقهية للقاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة فروع كثيرة منها:

إبراء المبهم(٢):

فإذا كان الشخص المبرأ مبهمًا، كأن قال لمدينيه: أبرأت أحدكما، فهل يجوز الإبراء لشخص غير معين أو لا بد من تعيين المبرأ ولا يصح الإبراء لشخص مجهول؟.

اختلف الفقهاء فى ذلك فقال الحنفية والمالكية، والأصح عند الشافعية والمعتمد لدى الحنابلة: لا يصح الإبراء لشخص مبهم بناء على أن الإبراء إسقاط(٣).

وهذا ما قرره السيوطى بقوله: الإبراء هل هو إسقاط أو تمليك؟ قولان: والترجيح مختلف فى الفروع، منها: إبراء المبهم كقوله لمدينيه: أبرأت أحدكما، والأصح فيه التمليك فلا يصح(٤)، لأن التمليك يشترط فيه أن يكون لمعين، وهو الأصح عند الشافعية.

ومقابل الأصح للشافعية ورواية للحنابلة، يجوز الإبراء لشخص مبهم أى غير معين ثم يحدد بعد ذلك هذا الشخص إما بالقرعة أو بتحديد الشخص الذى أبرأه من الدين، وهذا بناء على أن الإبراء إسقاط، والأول هو الراجح لأن الإبراء تمليك والتمليك لا يجوز لمبهم كما سبق تقريره، وإذا كان الشارع قد رغب فى الإبراء من أجل المودة بين الدائن والمدين، فإن هذه الحكمة ترشح أن يكون الإبراء لمعين وليس لمبهم أو مجهول.

تعليق الإبراء على شرط:

اختلف الفقهاء فى حكم تعليق الإبراء على شرط هل يصح أو لا؟ فقال الحنفية: لا يجوز مطلقًا سواء كان الشرط ملائمًا أو غير ملائم، والشرط الملائم كقوله لمدينه: إن أديت إلىَّ كذا من الدين غدًا فأنت برىء من الباقى، والشرط غير الملائم كأن يقول لمدينه: إن هبت الريح أو نزل المطر فأنت برىء من الدين، فلا يجوز الإبراء لأن التمليكات لا تقبل التعليق، لما

(١) مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٣.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٨٩.
(٣) الفتاوى الهندية ٤/ ٢٠٤، شرح الخرشى ٦/ ٩٩، نهاية المحتاج ٤/ ٤٢٨، كشاف القناع ٢/ ٤٧٨.
(٤) الأشباه والنظائر ص١٨٩ طبع عيسى البابى الحلبى وشركاه.

يؤدى إليه تعليقهـا من معنى الغرر والمخاطرة، بخلاف الإسقـاطات فهى تقبل التعليق، وذلك لعدم الغرر، وانتـفاء الضرر فى تعليقـها، وهذا هو الأصح عند الشافعيـة وهو قول للحنابلة، وقال به المؤيد بالله من الزيدية فى أحد قوليه[١].

ومقابل الأصح يجـوز تعليق الإبراء على شرط، واختاره بعض الحنابـلة وصوبه ابن القيم وقال به جمهور الزيدية وكل من قال: إن الإبراء إسقاط.

قال ابن القـيم: «إذا كان عليـه دين فقـال: إن متَّ قبلى فأنت فى حـل، وإن متُّ قبلك فأنـت فى حل، صح وبرئ فى الصورتين، فـإن إحداهمـا وصيـة والأخرى إبراء مـعلق على شرط، ويصح تعليق الإبراء بالشرط، لأنه إسقاط، كما يصح تعليق الطلاق»[٢].

فلما كان الإبراء مختلفًا فى حقيقته. . . هل هو إسقاط أو تمليك اختلفت آراء الفقهاء فى حكم تعليقـه، كما أوضـحناه سابقًا إلا أن الحنفـية منعوا تعليـق الإبراء على شرط، مع أنهم يقولون: إن الإبراء يحـتمل معنى الإسـقاط ومعنى التـمليك، ومع هذا فهم قد غلبـوا جانب التمليك[٣]، وهو القول الذى نرجحه، وبناء عليه، فلا يصح تعليق الإبراء على شرط.

اشتراط القبول:

قال الإمام السيوطى: ومنها: اشتراط القبول، والأصح فيه الإسقاط، فلا يشترط[٤].

فـهل يشتـرط القبـول من المدين إذا أبرأه الـدائن؟ فى هذه المسـألة خلاف بين فـقهـاء المذاهب، فقال جـمهور الحنفية: إن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده، وهو الأصح للشـافعية، والمرجوح فى مذهب المالكية ورأى الأكثرين عند الحنابلة والإمـامية والزيدية، فهؤلاء جميعًا يرون أن الإبراء من الدين يصح ولا يحتاج إلى قبول المـدين بل هو صحيح أيضًا ولو لم يقبله المدين لأنه إسقاط حق، فلا يتوقف على قبول[٥].

ومقابل الأصح: أن الإبراء تمـليك، فلا يتم إلا بقبول المدين، وهـذا هو المرجوح عند

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/ ٧٠٧، حاشية الدسوقى ٤/ ٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطى ١٨٩، كشاف القناع ٤/ ٣٠٧، شرح الأزهار ٤/ ٢٩٩.

(٢) إعلام الموقعين ٤/ ٧.

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٦٤، حاشية ابن عابدين ٥. ٧٠٧.

(٤) الأشباه والنظائر ص١٨٩.

(٥) بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٣، الفـروق ٢/ ١١٠، مـغنى المحـتـاج ٢/ ١٧٩، شرح منتـهى الإرادات ٢/ ٥٢١، الإنصاف للمـرداوى ٧/ ١٢٧، اللمعة الدمـشقيـة ٥/ ٣٥٩، شرح الأزهار ٤/ ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٤.

الشافعية وبه قال زفر من الحنفية، والراجح للمالكية وأحد الرأيين عند الحنابلة والإمامية والزيدية[١].

فالذين قالوا: إن الإبراء تمليك، قالوا باشتراط القبول قياسًا على باقى عقود التمليكات وكذلك من قال: إنه دائر بين الإسقاط والتمليك.

والذين قالوا: إنه إسقاط، قالوا: لا يفتقر إلى القبول، قياسًا على باقى الإسقاطات كالطلاق فإنه لا يفتقر إلى قبول المرأة، وهذا هو منشأ الخلاف.

قال فى حاشية الدسوقى: «اختلف فى الإبراء، فقيل: إنه نقل للملك، فيكون من قبيل الهبة وهو الراجح، وقيل: إنه إسقاط للحق، فعلى الأول: يحتاج إلى القبول دون الثانى[٢].

لكن السيوطى رجح فيه الإسقاط فقال: لا يشترط فيه القبول، ولكلٍّ وجهة هو موليها.

ولكن ما الحكم فيما إذا رفض المدين الإبراء فهل يرتد برد المدين فلا يصح الإبراء؟ هذا هو رأى الحنفية والمالكية والمرجوح لدى الشافعية وقال به جمهور الزيدية[٣]، فإذا رفض المدين قبل منه رفضه، لأن الإبراء ليس إسقاطًا محضًا، بل فيه معنى التمليك، فالمدين يملك بالإبراء ما فى ذمته، ثم إن المدين من حقه أن يرد هذا الإبراء إذا خشى المنة عليه من الدائن، فيكون فى استطاعته أن يدفع المعرة عن نفسه بهذا الرد، لا سيما إذا كان المدين أعز قدرًا، ومنزلة من الدائن، ومن ثم فيندفع الإبراء ويتوقف ولا يصح إذا رده المدين، دفعًا لضرر المنة[٤].

ويرى الشافعية، أن الإبراء لا يرتد بالرد من المدين، وهو الراجح عندهم وهو رأى عند الحنابلة وبعض الزيدية[٥].

وذلك استنادًا على أن الإبراء إسقاط محض، ومن ثم فلا يرتد بالرد، وهذا الرأى محل نظر، لأن الإبراء حتى ولو سلمنا بأنه إسقاط محض فلا يعنى هذا أن ندخل شيئًا فى ملك إنسان رغمًا عنه إذا صرح برفضه لهذا الشيء، وإذا تسامحنا بعض الشيء، وقلنا بعدم

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٣، الأشباه لابن نجيم ص٣٧٤، غمز عيون البصائر ٣/ ٩٢، الفروق ٢/ ١١٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٢١، الإنصاف ٧/ ١٢٧، اللمعة الدمشقية ٥/ ٣٥٩، شرح الأزهار ٤/ ٢٩٨، ٢٩٩ موسوعة عبد الناصر الفقهية ١/ ١٨١.

(٢) حاشية الدسوقى ٤/ ٩٩.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٧٩، الفروق ٢/ ١١١، الأشباه للسيوطى ١٨٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٢١، شرح الأزهار ٤/ ٣٠٤.

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٣، غمز عيون البصائر ٣/ ٩٦.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ١٨٩، كشاف القناع ٢/ ٤٧٨، شرح الأزهار ٤/ ٣٠٤.

الاحتياج إلى قبول المدين إذا ما أبرأه الدائن فلا ينبغى التوسع فى ذلك، ولا يحق لنا أن نجبره على دخول شىء فى ملكه وهو كاره له، ولا سيما إذا كان المدين من أهل الفضل والمروءة، والدائن الذى صدر منه الإبراء من أهل المن، ويأبى المدين أن يتعاظم عليه الدائن ذات يوم بالمن والأذى، فيكون القول باشتراط القبول لصحة الإبراء هو الذى نختاره ونرجحه وعليه فإن من حق المدين أن يرفض دخول شىء فى ملكه إلا موافقته ورضاه فيكون الإبراء فى حاجة إلى قبول.

الإبراء من الحق المجهول:

المراد بالحق المجهول، ما لا تسهل معرفته، أما ما تسهل معرفته كإبرائه من حصته فى تركة مورثه فلا يكون من قبيل المجهول، فإنه وإن جَهِلَ قدر حصته، لكنه يعلم قدر تركته، فتسهل معرفة حصته، فالجهالة هنا صورية[(١)]، فإذا كان الإبهام أو الجهل متعلقًا بقدر الدين، فإذا أبرأه المدين، فهل يجوز الإبراء من هذا الحق المجهول القدر، بناء على أن الإبراء إسقاط؟.

١- قال بعض الفقهاء: يصح الإبراء من الحق مع جهالته، سواء أكان الجهل متعلقًا بصاحب الحق وهو الدائن أم متعلقًا بمن عليه الحق وهو المدين، أم متعلقًا بهما معًا.

وممن قال بذلك: الحنفية والمالكية وأحد القولين عند الشافعية، ورواية للحنابلة وهو مذهب الزيدية والإمامية والظاهرية[(٢)].

واستدلوا، بالسنة، والمعقول.

أما السنة: فمنها:

ما أخرجه أبو داود عن أم سلمة ـ ﵂ ـ قالت: جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ فى مواريث بينهما قد درست، ليس بينهما بينة فقال رسول الله ﷺ: «إنكم تختصمون إلىَّ وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض وإنما أقضى بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتى بها فى عنقه يوم القيامة» فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقى لأخى، فقال

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٣٨٣، والوجيز ١/ ١٨٤، قلوبى ٢/ ٣٢٧، موسوعة الكويت ١/ ١٥٥.

(٢) الهداية ٦/ ٣٩٧، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/ ٣٣٩، شرح الخرشى على مختصر خليل ٦/ ٦٩، مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٢، المغنى لابن قدامة ٥/ ٢٤، شرائع الإسلام ٢/ ٢٢١، شرح الأزهار ٤/ ٣٠٢، المحلى ٦/ ١٤٣.

رسول الله ﷺ : «أما إذا قلتما، فاذهبا فاقتسما، ثم توخيا الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه»(١).

ووجه الدلالة أن النبى ﷺ طلب من المختصـمين أن يحلل كل واحد منهما أخاه، بأن يجعله فى حِلٍ من قبله بإبراء ذمته، وما فى ذمة كل منهـما غير معلوم، فدل ذلك على صحة الإبراء من المجهول.

وأما المعقول:

فلأن الحاجـة داعية إلى تبرئة الذمـة، ولا سبيل إلى العلم بمـا فيها، فلو توقـفت صحة البراءة على العلم بالمدين لكان ذلك سدًا لباب عفو الإنسان عن أخـيه المسلم وتبرئة ذمته مما يتعلق بها من دين، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز المنع من فعل باقى أبواب الخير(٢).

٢- وقال بعضهـم: لا يصح الإبراء من الحق مع جهالته وإليه ذهب الشافـعية فى الأصح عندهم والحنابلة فى رواية وبعض الزيدية(٣).

وسندهم، أن الإبراء لمـا فى ذمة المـدين يعد تمليكًا، وتمـليك الشيء المجـهول غـير صحيح، فكذلك الإبراء عن الدين مع جهالته، قياسًا على عدم صحة الجهالة فى التمليكات، لاشتراكهما فى علة واحدة وهى: أن كلاً منهما تمليك(٤).

والأصح هو الأول، لأن الإبراء وإن كان الراجح فيه أنه تمليك، إلا أنه لا يخلو من معنى الإسقاط، والحكم هنا قائم على معنى الإسقاط، فصح تمليك الـشيء المجهول لتحقيق العفو المأمور به فى قوله تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ (البقرة: ٢٣٧) وأمتثالاً لأمر النبى ﷺ : «من كانت له مظلمة لأحد، فليتحلله منها اليوم»(٥).

فكان القول بـصحة الإبراء من الدين مع جـهالة المـحل هو الصحـيح، وإلا لأفضى إلى ضياع المال، على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه.

---

(١) سنن أبى داود ٣/ ٣٠١ كتـاب الأقضيـة باب فى قضاء القـاضى إذا أخطأ، ورقم الحديث ٣٥٨٣ وفى إسناده أسامة بن زيد بن أسلم ولـيس بالقوى، وأصل الحديث فى صحيح مـسلم وغيره، نيل الأوطار ٥/ ٢٥٣.

(٢) المغنى لابن قدامة ٥/ ٢٥.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٨٩ قواعد ابن رجب القاعدة ١٠٤، شرح الأزهار ٤/ ٣٠٣.

(٤) شرح فتح القدير ٥/ ١٨٢، نهاية المحتاج ٤/ ٤٢٨.

(٥) صحيح البـخارى ٢/ ٦٧ كتاب المظالم، باب مـن كانت له مظلمة عند الرجل، فحللهـا له، هل يبين مظلمته؟.

ثم إنه إذا صح الإبراء مع العلم، وإمكان أداء الحق بعينه، فـلأن يصح مع الجهل أولى، قياسًا على صحة بيع أثاث الحيطامن مع الجهل بها عند تعذر رؤيتها[(١)].

أضف إلى ذلك... بأن عدم صحـة التمليك فى الشىء المجهـول معلول بأنه يؤدى إلى المنازعـة، فكان المنع لذلك، أمـا التمليك فى الإبـراء، فإنه لا يؤدى إلى المنازعـة، لأنه لا يحتاج إلي إقـباض وتسليم، وإذا زالت العلة زال المعلول، لأن الحكم يدور مـع علته وجودًا وعدمًا، فلذلك نرجح صحة الإبراء فى الشىء المجهول.

* * *

(١) بتصرف من المغنى لابن قدامة ٥/ ٢٥.

القاعدة السادسة: «الإقالة، هل هى فسخ، أو بيع؟[١] قولان»:

الإقالة، قد تكون فى عقد البيع أو غيره من العقود اللازمة التى تقبل الفسخ بالخيار كالمضاربة والشركة والإجارة والسلم، وهذه العقود وغيرها هى الوسيلة التى شرعها الله ليتعامل بها الناس فيما بينهم، ليحصل كل واحد منهم بواسطتها على ما يحتاج إليه من ضرورات الحياة ومطالبها، فلا يكاد فرد يستغنى عن التعامل مع الآخرين لتبادل المنافع وما هو فى حاجة إليه من الغذاء والكساء وغيرهما، مما لا غنى عنه ما دام حيًا.

وإذا كان الأصل فى العقود هو اللزوم لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١) إلا أن المتعاقد قد يجد نفسه بعد التعاقد مع آخر وارتباطه معه بهذا العقد اللازم ليس فى حاجة إلى هذه الصفقة فيطلب الإقالة، إذ ليس هناك من سبيل للخلاص إلا بها، لذلك شرعت الإقالة تيسيرًا على الناس ورحمة بهم.

قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: ٢).

وقال ﷺ فى الحث على التعاون بين الناس: «من أقال نادمًا بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»[٢].

تعريف الإقالة:

الإقالة فى اللغة: الفسخ، يقال: أقال البيع أو العهد: فسخه، وأقال الله عثرته: صفح عنه وتجاوز، وقِلته البيع (بالكسر) وأقلته: فسخته، واستقاله طلب منه أن يقيله، وتقايل البيعان: تفاسخا صفقتهما[٣].

وأما الإقالة شرعًا: فهى رجوع كل من العوضين لصاحبه.

وقيل: إنها ترك المبيع لبائع بثمنه، وقيل: هى رفع العقد الواقع بين المتعاقدين[٤].

وبهذا فإن كلاً من المتعاقدين يرجع إلى الحالة الأصلية التى كانا عليها قبل التعاقد...

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٩٠.

(٢) سنن أبى داود ٣/ ٢٧٢ ـ رقم ٣٤٦٠ نشر دار الريان للتراث ط١٤٠٨هـ، نصب الراية ٤/ ٣٠ نشر المكتبة الإسلامية ـ القاهرة ـ ابن ماجه ٢/ ٧٤٢، البيهقى ٦/ ٢٧.

(٣) لسان العرب لابن منظور ١١/ ٥٧٩ دار صادر، الصحاح للجوهرى ٥/ ١٨٠٨، المعجم الوسيط ٢/ ٧٧٠، القاموس المحيط ٤/ ٤٣ دار الجيل.

(٤) البهجة شرح التحفة ٣/ ١٤٦، التاج المذهب ٢/ ٧٤٦.

ففى البيع ـ مثلاً ـ يعود المبيع إلى ملك البائع، والثمن إلى ملك المشترى، وإذا فسخ الزواج بحكم القاضى زالت رابطة العقد بين الزوجين، وصار كل منهما أجنبيًا بالنسبة للآخر(١).

حكم الإقالة:

الإقالة مندوب إليها إذا ندم العاقدان أو أحدهما على العقد الواقع بينهما(٢)، لقوله ﷺ: «من أقال نادمًا بيعته، أقال الله عثرته يوم القيامة»(٣) والبيعة: هى البيع(٤)، والعثرة: الذلة.

وقد تكون واجبة، وذلك فيما إذا وقع العقد غير مشروع كالبيع وقت صلاة الجمعة فهو حرام عند جمهور الفقهاء من المالكية والظاهرية وقول عند الإباضية، وأن العقد غير صحيح ويجب فسخه إذا وقع، لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ**﴾ (الجمعة: ٩).

ووجه الدلالة: أن الأمر بالسعى إلى الصلاة يلزم منه عدم مباشرة البيع وقت صلاة الجمعة وحرمة مباشرة ذلك(٥)، بينما ذهب الحنفية والشافعية وبعض المالكية وقول عند الإباضية إلى صحة ذلك العقد ونفاذه إن وقع وإن قال الشافعية بالحرمة كالجمهور، والحنفية بالكراهة نظرًا لاختلاف مفهوم الفاسد عند الأحناف والجمهور ومنهم الشافعية(٦).

ودليل الأحناف على وقوع العقد مكروهًا أثناء النداء للجمعة قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ...**﴾ (الجمعة: ٩).

ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بترك البيع عند النداء نهيًا عن البيع لكن لغيره، وهو ترك السعى، فكان البيع فى ذاته مشروعًا جائزًا لكنه يكره لأنه اتصل به غير مشروع، وهو ترك السعى، فيجب فسخه لكراهته(٧).

(١) الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى ٤/ ٣١٤٩.
(٢) حاشية الطحاوى ٣/ ٩٠ البهجة فى شرح التحفة ٢/ ١٤٦، المبدع شرح المقنع ٤/ ١٢٣، الموطأ ٢/ ٦٧٦ طبعة عيسى الحلبى.
(٣) نصب الراية ٤/ ٣٠، نشر المكتبة الإسلامية بالقاهرة.
(٤) حاشية أبى السعود ٢/ ٥٨٥.
(٥) مواهب الجليل والتاج والإكليل بالهامش ٢/ ١٨٠ط. دار افكر، كشاف القناع ٣/ ١٨٠ ط. دار الفكر، المحلى لابن حزم ٥/ ٧٩ط، دار التراث، شرح كتاب النيل ٢/ ٣٣٢، الناشر: دار الفتح ببيروت ١٣٩٢ - ١٩٧٢م.
(٦) ابن عابدين ٤/ ١٣١ط. بيروت، مواهب الجليل ٢/ ١٨٢ طبعة دار الفكر، مغنى المحتاج ١/ ٢٩٥ط، الحلبى، المجموع شرح المهذب ٤/ ٥٠٠ ط. دار الفكر.
(٧) الهداية وشروحها بشرح فتح القدير ٦/ ٤٧٨، بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٢، حاشية الطحاوى ٣/ ٩٠.

فالعقد المكروه، والفاسد واجب الفسخ شرعًا إمـا من أحد المتعاقدين أو منهما معًا، أو من القاضى إذا علم بذلك لأنه منهى عنه شرعًا[١].

ونخلص من ذلك كله إلى أن الإقـالة مباحة مـندوب إليها وهذا هو الأصل فى حكمـها، وذلك فيما إذا ندم العاقدان أو أحدهما على العقد الواقع بينهما، وقد تكون واجبة فيما إذا كان عقد البيع مثلاً قد وقع محرمًا.

ولا تدخل فى البيع إذا وقع فاسدًا، لأن فسخه لا يتوقف على رضاهما.

حقيقة الإقالة فى نظر الفقهاء:

اتفق الفـقهـاء على أن الإقالة بيع جـديد بشرط أن تكون بلفظ البـيع سواء كـان فى حق العاقدين أو غيرهما.

واتفقوا كذلك فـيما إذا وقعت بلفظ الرفع أو الرد أو الفسخ ففى هذه الحـالة تكون فسخًا للعقد السابق، وليس عقدًا جديدًا.

وإنما وقع الخـلاف بينهم إذا كانت الإقـالة بلفظ الإقالة وما اشـتق منه، كأن يقـول أحد العاقدين للآخـر: أقلتك، أو قايلتك، أو تقايلنا، أو لك القيلة أو أنت مـقال، أو أقالك الله، ففى هذه الحالـة اختلف الفقهاء فى حـقيقة الإقـالة فى حق العاقدين وغيرهـما هل هى فسخ للعقد السابق أو بيع جديد مبتدأ؟.

قال بالأول الإمـام أبو حنيفة فى رواية، وبه قـال الشافعى فى الجديد وهو رأى مـرجوح للمالكية، والأصح عند أصـحاب الشافعى، وقال به الحنابلة فى المـشهور عندهم، والظاهرية غير ابن حزم، وإليه ذهب الإمامية والمشهور عند الزيدية، وهو مذهب الإباضية[٢].

واستدلوا بأن الإقالة فسخ للبيع السابق بأدلة كثيرة من أهمها:

ما روى عن ابن جريج قال: أخبرنى ربيـعة بن أبى عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال حديثًا مستفيضًا فى المدينة: «من ابتاع طعامًا فـلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه، إلا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقيله»[٣].

ووجــه الدلالة: أنه ﷺ سماها إقالة، واتبعه المسلـمون على ذلك، ولم يسمها بيعًا،

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٩٤، التاج والإكليل ٤/ ٤٨٥، فتح العزيز ٨/ ٣٨٤، المغنى والشرح ٤/ ٢٢٥.

(٢) المحلى ٧/ ٤٨١ دار الكتب العلمـية بيروت ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، قواعـد ابن رجب ص٣٧٩، شرائع الإسلام ٢/ ٦٦، البحر الزخار ٤/ ٣٧٥، الإيضاح ٣/ ٤٤٩، شرح كتاب النيل ٩/ ٢٢٧.

(٣) الحديث مرسل أخرجـه عبد الرزاق، وأبو داود، وكذلك ورد مرسلاً برواية أخـرى من طريق سعيد بن المسـيب، المصنف ٨/ ٤٩، كتـاب البيوع، باب التـولية فى البيع والإقـالة، الحديث رقم ١٤٢٥٧، المراسيل لأبى داود ٣/ ٢٤٧ باب ما جاء فى التولية طبعة الأزهر.

والتسمية فى الدين لا تؤخذ إلا عن رسول الله ﷺ، فكانت الإقالة فسخًا للبيع السابق لأن الإقالة تعنى الرفع والإزالة.

وفى الحديث: «من أقال مسلمًا أقال الله عثرته يوم القيامة» فثبت استعمال الرسول ﷺ لفظ الإقالة فى رفع البيع واعتباره كأن لم يكن، والإقالة فسخ لغةً وشرعًا، فوجب أن يكون لفظ الإقالة رفعًا للعقد وفسخًا له مما يدل على أن الإقالة فسخ للبيع(١).

واعترض على هذا الحديث باعتراضين:

الأول: أنه مرسل، فلا يحتج به.

والثانى: أنه على فرض صحته فهو حجة عليهم لا لهم إذ هو يؤكد أن الإقالة بيع، فإن فيه النهى عن البيوع قبل القبض إلا من أشرك، أى كان شريكًا.

فهذا ظاهر فى أن الإقالة بيع مستثنى من جملة البيوع(٢).

ويجاب عن ذلك:

بأن الكلام فى التعبير بلفظ الإقالة، وأنها تدل على الفسخ، كما أنها تخالف البيع، والعرف لا يعتبر الإقالة بيعًا، والناس فى عصرنا يتفقون على أن معنى لفظ الإقالة لا يخرج عن الرفع والإزالة والإسقاط، وهذا المعنى يتحقق فى الفسخ، ولا يتحقق فى البيع فظهر بهذا أن الإقالة فسخ البيع.

القول الثانى: أن الإقالة بيع وهو للمالكية، والظاهرية، والأظهر عند الشافعية، والرواية الثانية عند الحنابلة، والمختار عند الإباضية، وقول أبى يوسف من الحنفية، ورواية ثانية عند الإمام أبى حنيفة وغيرهم.

واستدل أصحاب القول الثانى بأن الإقالة بيع بأدلة كثيرة نختار منها:

ما روى أن النبى ﷺ دخل السوق، فقال: «يا أهل البقيع لا يفترق البائعان إلا عن تراض، البيع بيع، والحوالة والتولية بيع، والإقالة بيع».

فهذا الحديث يدل على أن الإقالة بيع شرعًا، فقد صرح النبى ﷺ فى هذا الحديث أن الإقالة بيع وبيانه حجة.

قال صاحب شرح كتاب النيل بعد ذكره لهذا الحديث: لولا هذا الحديث لقلت الإقالة فسخ بيع.

---

(١) شرح فتح القدير ٦/ ٤٨٧، شرح الزركشى على مختصر الخرقى ٣/ ٥٥٠، حاشية أبى السعود ٢/ ٥٨٦ وما بعدها.

(٢) المحلى ٦/ ٥.

وقد اعترض على هذا الحديث بأنه لا يصح الاحتجاج به لأنه لم يروه أحد من أئمة الحديث المشهورين كالبخارى ومسلم والنسائى وأبى داود والترمذى وأحمد وغيرهما.

كما أننا لم نجده فى المصادر الفقهية لرجال الفقه المجتهدين، أصحاب المذاهب الأربعة، ولم يقل به أحد منهم، مما يعنى عدم ذيوعه، بل عدم صحته أيضًا، وإلا ما قالوا بأن الإقالة فسخ كما سبق(١).

وقالوا فى استدلالهم أيضًا: إن البيع مبادلة المال بالمال، أى أخذ بدل، وإعطاء بدل، وقد وجد، فكانت الإقالة بيعًا، لوجود معنى البيع فيها، والعبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ والمبانى(٢).

واعترض على هذا الاستدلال بأننا: إذا سلمنا أن من مقتضيات الإقالة مبادلة المال بالمال بالتراضى، فإننا لا نسلم أن الإقالة بيع، لأن البيع ما كان مفيدًا لهذه المبادلة لا تراجعًا بطريق الرفع، على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة شرعًا، أو بقيد أن لا يكون تراجعًا، والأحكام الشرعية تختلف باختلاف الاصطلاح فى الألفاظ(٣).

وعلى هذا يكون الراجح أن الإقالة فسخ للعقد السابق لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين.

وفضلاً عن ذلك فإن الفقهاء قد اتفقوا على جواز تراضى العاقدين على الإقالة من السلم قبل قبض المسلم فيه، فلو كانت الإقالة بيعًا لما أجيزت لنهى النبى ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه، ولأنها تقدر بالثمن الأول، ولو كانت بيعًا لم تقدر به، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخًا كالرد بالعيب(٤).

الفروع المندرجة تحت الإقالة:

بناء على أن الإقالة فسخ أو بيع، فقد ظهرت بعض الآثار نتيجة الاختلاف فى حقيقة الإقالة بين الفقهاء فى الفروع المندرجة تحت القاعدة، ومن أهمها ما يلى:

(أ) الإقالة من المبيع قبل قبضه:

تعريف البيع:

البيع لغة: نقل الملك فى العين بعقد المعاوضة، يقال: باع الشىء إذا أخرجه من ملكه، وباعه إذا اشتراه وأدخله فى ملكه، وهو من أسماء الأضداد التى تطلق على الشىء ونقيضه، كالقرء فإنه يطلق على الحيض وعلى الطهر، وكذا شرى إذا أخذ، وشرى إذا باع، قال الله

---

(١) نظرية الإقالة فى الفقه الإسلامى ص٦٩ مرجع سابق.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٢. (٣) شرح فتح القدير ٦/ ٤٨٩.

(٤) نظرية الإقالة فى الفقه الإسلامى ص٦٩ مرجع سابق.

تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ (يوسف: ٢٠) أي: باعوه، وذلك لأن كل واحد من المتبايعين يأخذ عوضًا ويعطى عوضًا، فهو بائع لما أعطى ومشتر لما أخذ، فصلح الاسمان لهما جميعًا[١].

قال ابن قتيبة وغيره: يقال: بعت الشىء بمعنى بعته وشريته، والشىء مبيع ومبيوع مثل مخيط ومخيوط، ويقال للبائع والمشترى بيِّعان بتشديد الياء[٢].

وأما البيع شرعًا: فيعرف بتعريفات متعددة، من أحسنها ما ذكره الشيخ قليوبى فى حاشيته: «بأنه عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة».

فخرج بالمعاوضة الهبة ونحوها إذ لا معاوضة فيها، وبالمالية، عقد النكاح لأنه وإن كان فيه معاوضة إلا أنها ليست معاوضة مالية، وإنما هى حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وخرج بملك العين ومنفعته على التأبيد الإجارة لأن الملك فى الإجارة ينصب على المنفعة دون العين، فالمستأجر لعين من الأعيان كالسيارة أو المنزل مثلاً لا يملك عينها وإنما يملك الانتفاع بالعين فى مقابلة دفع الأجرة، كما أن المنفعة فى الإجارة مؤقتة لأن من شروطها التأقيت.

والمراد بالمنفعة المؤبدة فى التعريف: بيع حق الممر للماء إذا كان الماء لا يصل إلى محله إلا بواسطة ملك غيره[٣]، وخرج بقوله: لا على وجه القربة الوقف فإنه تمليك منفعة مباحة على التأبيد للموقوف عليه ولكن على وجه القربة.

وقد يطلق العقد على الانعقاد أو الملك الناشئ عن العقد كما فى قوله: فسخت البيع، إذ العقد الواقع لا يمكن فسخه، وإنما المراد فسخ ما ترتب عليه.

فهل الإقالة من المبيع قبل قبضه تجوز؟ اختلف الفقهاء فى ذلك:

فذهب فريق إلى حل الإقالة فى المبيع قبل قبضه، منهم أبو حنيفة فى رواية، وهو مشهور مذهب مالك، والأصح عند الشافعية وغيرهم[٤].

واستدلوا على جواز الإقالة من المبيع قبل قبضه بما روى مرسلاً عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شراكٍ أو إقالة، أو تولية».

(١) لكن لغة قريش استعمال باع إذا أخرج المبيع عن ملكه واشترى إذا أدخله فيه، وهو الجارى استعماله الآن، راجع البهجة شرح التحفة لأبى الحسن على بن عبد السلام التسولى ٢/ ٢.

(٢) راجع: المختار من صحاح اللغة لمحمد محيى الدين عبد الحميد ومحمد عبد اللطيف السبكى.

(٣) راجع: حاشية المدابغى على الإقناع ٢/ ٢.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٩٤، مواهب الجليل ٤/ ٤٨٥، فتح العزيز ٨/ ٣٨٦.

ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ استثنى الإقالة فى الطعـام قبل قبضه من نهيه عن بيع الطعام قبل قبضـه على سبيل الرخصة، كما استثنى بيع العرايا من نهـيه عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح، والحوالة من نهيه عن بيع الدين بالدين[١]، فكانت الإقالة مستثناة من بيع الطعام قبل استيفائه بهذه الرخصة.

٢- وذهب آخرون إلى أن الإقالة لا تجوز فى المبيع قـبل قبضه وبهذا قال أبو يوسف فى رواية وهو وجه فى المـذهب المالكى والشافـعى، ورواية عن أحمد وبه قال بعض الإباضـية وبعض الزيدية ووافقهم ابن حزم[٢].

واستدلوا على أن الإقالة بيع فـلا تصح قبل القبض، فتكون الإقالة من المبيع قـبل قبضه فى حكم بيع المبيع من بائعـه قبل قبضه منه، وهو منهى عنه فلا يصح، لعـموم الأخبار التى تمنع من بيع المـبيع قبل قـبضه، دون تفرقـة بين بيعـه من بائعه أو من غيـر بائعه، ومن هذه الأخبار ما ورد أن النبى ﷺ نهى عن بيع مـا لم يقبض، وربح ما لم يضمن»[٣] طعـامًا أو غير طعام، ومن ثم فلا تجوز الإقالة قبل قبض المبيع.

ويعترض على هذا الاسـتدلال بأنه ليس من قبيل البيع الجديد وإنمـا هو فسخ بيع سابق، ولذلك تجوز فيه الإقـالة فى المبيع قبل قبضه، لأنه لا يترتـب على القول بجوازها بيع له قبل قبضه وهذا هو الراجح.

(ب) الإقالة من المسلم فيه قبل قبضه:

تعريف السلم لغة واصطلاحًا:

السلم لغة أهل الحجـاز، والسلف لغة أهل العراق، وسمى سلمًـا لتسليم رأس المال فى المجلس. وسلفًا لتقديم رأس المال.

قال الأزهرى: السلم والسلف واحد، يقال: سلم، وسلف، وأسلف، بمعنى واحد، هذا قول جميع أهل اللغة إلا أن السلف يكون قرضًا[٤].

والمعنى الجامع بينهما هو التسليم والتقديم، فيكون السلم هو الإعطاء فى سلعة إلى أجل معلوم.

---

(١) المبسوط ١٣/ ٩، التاج والإكليل ٤/ ٤٨٥.

(٢) المراجع السـابقة، وكشـاف القناع ٣/ ٢٤٨، ٢٤٩، والمحلى ٦/ ٣ وما بعـدها، وجواهر الكلام ٥/ ٢٩٥، والبحر الزخار ٤/ ٣٧٦، والإيضاح ٣/ ٤٦٣، وشرح كتاب النيل ٩/ ٢٢٧.

(٣) سنن البيهقى ٥/ ٣١٣، كتاب البيوع، باب النهى عن بيـع ما لم يقبض قال البيهقى: وفى إسناده يحيى ابن صالح وهو منكر الحديث بهذا الإسناد.

(٤) حاشية الروض المربع للنجدى ٥/ ٣.

وفى الاصطلاح: هو بيع آجل بعاجل، فـالآجل هو السلعة المباعة الغـائبة، والعاجل هو الثمن(١).

حكم السلم:

السلم مشروع، وحكمه الجواز.

ودليل جوازه: الكتاب والسنة، والإجماع:

أما دليله من الـكتاب فقـوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**﴾ (البقرة: ٢٨٢).

قال ابن عباس: نزلت فى السلم.

لما أخرجه الحاكم فى المستـدرك بسنده عن قتاده عن أبى حسان الأعرج عن ابـن عـباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجـل مسمى، قد أحله الله وأذن فيه» وقرأ هذه الآية، وهذا اللفظ يصلح للسلم، ويشمله بعمومه.

ودليل السلم من السنة ما روى عن ابن عباس قال:

«قدم الـنبى ﷺ المدينة، وهم يسلفـون فى الثـمار السنة والسنتـين فقـال: من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

فيعـتبر تعيين الكـيل، فيما يسلم فيـه من المكيل اتفاقًا ووزن معلوم، إذا كـان مما يوزن اتفاقًا، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن، فلا بد فيه من عدد معلوم، والذرع فيما يذرع كذلك.

والجمـهور على أنه جـائز فى العروض التى تنضـبط بالصفـة، والواو فى قوله: «ووزن» بمعنى (أو) فلا يلزم الجمع بين الكيل والوزن إجماعًا.

وأما قوله: إلى أجل معلـوم، فيعتبر الأجل فى السلم وهو مذهب الـجمهور، للآية وهذا الخبر، فدل الحديث على جواز السلم بهذه الشروط، ولحاجة الناس إليه: هذا يرتفق بتعجيل الثمن، وهذا يرتفق برخص المثمن(٢).

وأما الإجـماع، فـقد قال ابن الـمنذر: أجمع كل من نحـفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز(٣).

وإذا كان السلم كـما سبق بيانه، هو بيع آجـل بعاجل، وأن المسلم فيـه مؤجل إلى أجل معلوم، فهل تجوز الإقالة فى المسلم فيه قبل قبضه أو لا؟.

---

(١) حاشية الروض المربع للنجدى ٥/ ٣.

(٢) حاشية الروض المربع للنجدى ٥/ ٤، ٥.

(٣) المغنى لابن قدامة ٤/ ٢٧٥.

قولان:

١- قال جمهور الحنفية، وبعض المالكية، والشافعية والحنابلة، والزيدية، والإمامية، وبعض الإباضية، ووافقهم ابن المنذر[١]: تجوز الإقالة فى جميع المسلم فيه قبل قبضه.

والدليل على أن الإقالة فسخ للبيع السابق أن النبى ﷺ قال: «من أقال مسلمًا أقال الله عثرته يوم القيامة»[٢].

وهذا دليل الجواز، فقد رغب ﷺ فى الإقالة دون تفصيل بين إقالة من بيع عين أو من بيع شىء موصوف فى الذمة بصفات السلم، ولأنها شرعت دفعًا للندم ووجود الندم فى السلم أكثر، لأنه بيع بأقل الأثمان، فكان أدعى إلى جواز الإقالة فيه.

ثم إن الإقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله، وليست بيعًا، وفسخ العقد لا يستلزم قبض المبيع المعقود عليه فجازت الإقالة قبل القبض لما ذكرناه.

٢- ويرى البعض الآخر أن الإقالة بيع جديدٌ مستقل عن البيع الأول وهذا الفريق قسمان:

القسم الأول:

يرى جواز الإقالة فى جميع المسلم قبل قبضه وممن قال بهذا جمهور المالكية.

واستدلوا على هذا بأن الأحاديث وردت فى الحث على الإقالة مبينة ثواب فاعلها فتكون الإقالة من البر والإحسان والمعروف إذا كانت بنقد حال وبمثل رأس المال.

والقسم الثانى:

من القائلين بأن الإقالة بيع جديد قال بمنع الإقالة فى جميع المسلم فيه قبل قبضه ومن هؤلاء ابن حزم الظاهرى وبعض الإباضية[٣].

فهؤلاء قالوا: لا تجوز الإقالة فى السلم، لأن جميع الإقالة بيع صحيح.

واستندوا فى ذلك بما روى عن النبى ﷺ أنه «نهى عن بيع ما لم يقبض»[٤] والإقالة بيع، فلا تجوز فى المسلم فيه قبل قبضه للنهى عنه، لأنه أكل للأموال بالباطل.

وهذا الذى ذهب إليه ابن حزم ومن معه غير مسلم به فليست الإقالة بيعًا مستقلاً جديدًا

---

(١) حاشية رد المحتار ٤/ ٢١٩، مواهب الجليل ٤/ ٤٨٤، الحاوى للماوردى ٦/ ١٣٢، المغنى والشرح الكبير ٤/ ٣٤٣، البحر الزخار ٤/ ٤٠٩، جواهر الكلام ٥/ ٢٩٦، شرح كتاب النيل ٩/ ٢٢٧.

(٢) سنن أبى داود ٣/ ٢٧٢ م ٣٤٦٠ نشر دار الريان للتراث ط ١٤٠٨هـ، نصب الراية ٤/ ٣٠ نشر المكتبة الإسلامية القاهرة، ابن ماجه ٢/ ٧٤٢، والبيهقى ٦/ ٢٧، المستدرك ٢/ ٤٥، سبل السلام ٣/ ٣٣.

(٣) المحلى ٦/ ١٤١، شرح كتاب النيل ٩/ ٢٢٧.

(٤) سنن البيهقى ٥/ ١١٣، كتاب البيوع باب النهى عن بيع ما لم يقبض.

وإنما هى فسخ عقد سابق، وقد حض الشارع عليها ورغب فيها، فيكون القول بجواز الإقالة قبل القبض هو الرأى الذى نعتمده ونرجحه وهو الأعدل والأقرب للصواب استجابة للشرع الشريف لا فرق فى ذلك بين الطعام وغيره، لأن الندم من المتعاقدين قد يسرى فى الطعام وغير الطعام.

(جـ) الإقالة بأقل أو أكثر من الثمن:

إذا تمت الإقالة بناء على رغبة المتعاقدين فهل يسترد المشترى ما دفعه ثمنًا للسلعة دون زيادة أو نقصان أو يجوز أن يأخذ أقل أو أكثر مما دفعه؟.

قالوا: إن الإقالة لا تجوز بأقل أو أكثر من الثمن الذى بيعت به السلعة، وهذا رأى لبعض الحنفية ورواية عن مالك والشافعى فى الجديد، والرواية المشهورة عن أحمد، وبه قال بعض الظاهرية وبعض الإباضية والزيدية الإمامية[١]، فالزيادة أو النقصان لا تجوز فى الإقالة.

قال فى المنتقى: فإذا دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعًا، يحله ما يحل البيع، ويحرمه ما يحرم البيع، وليس بإقالة[٢].

وفى رأى آخر لبعض الفقهاء، أن الإقالة تجوز بأقل أو أكثر من الثمن الذى بيعت به السلعة وذلك بناء على أن الإقالة بيع جديد، وممن قال بذلك الإمام ابن حزم، فقد قال فى كتابه المحلى فى الرد على من قال: إن الإقالة فسخ بيع: «إن الإقالة لو كانت فسخ بيع لما جازت إلا برد عين الثمن نفسه، لا بغيره ولا بدله»[٣] وهذا بناء على أن الإقالة بيع جديد، ولكننا قررنا من قبل أن الإقالة رفع لحكم العقد الأول، فإذا تقايل المتبايعان رجعا إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، ومقتضى ذلك أن الإقالة تكون بمثل الثمن الأول المسمى لا زيادة ولا نقصان، حتى على القول بأنها بيع.

فقد قرر القاضى أبو يعلى من فقهاء الحنابلة أن الإقالة لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول بيعًا كانت أو فسخًا، فإن أقال بأقل أو أكثر منه لم تصح الإقالة وكان الملك للمشترى، لأنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فيبطل كبيع درهم بدرهمين[٤].

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٦، شرح منح الجليل ٢/ ٧٠٥، ٧٠٦، فتح العزيز ٨/ ٣٨٤، المغنى والشرح الكبير ٤/ ٢٢٥، شرح كتاب النيل ٩/ ٢٢٧، البحر الزخار ٤/ ٣٧٥، المحلى ٦/ ٣، شرائع الإسلام ٢/ ٦٦.

(٢) المنتقى للباجى ٥/ ٧٨. (٣) المحلى ٦/ ٧.

(٤) المبدع شرح المقنع ٤/ ١٢٤، القواعد لابن رجب ص٣٧٩.

(هـ) الإقالة بعد تلف المبيع:

إذا تلف المبيع ثم وقعت الإقالة، فهل تجوز الإقالة بعد تلفه فتكون صحيحة أو أن التلف يمنع الإقالة لقيامها بالمبيع وهو غير موجود؟ فى هذه المسألة قولان:

القول الأول: تجـوز الإقالة، وهو الأصح عند الشـافعـية ووجه عند الحنـابلة وبه صرح المالكيـة وهو مذهب جمـهور الإمامـية ومذهب كل من قـال بأن الإقالة فسخ للبـيع السابق، فهؤلاء يرون أن الإقالة تجـوز بعد تلف المبيع، وحينئذ يضمنه المشـترى ويرد على البائع مثل المبـيع إن كان مـثليًا أو قـيمـته إن كـان من ذوات القيم وهى أقل القـيمـتين من يوم العـقد والقبض[(١)].

والقـول الثانى: لا تجـوز الإقـالة بعد تلف الـمبـيع وبه صرح بـعض الحنفيـة، ورواية للحنابلة، وجمهور الزيدية، وقـول مرجوح عن الشافعية والإمامـية، وهو مذهب كل من قال بأن الإقالة بيع جديد، لأنه لا يصح العقد على معدوم.

قال السيـوطى: «ولو تقايلا بعد تلف المبيع جـاز إن قلنا: فسخ، وهو الأصح ويَرُدُّ مثل المبيع أو قيـمته، وإن قلنا: بيع فلا»[(٢)] لأن شرطها هو وجوده فقيامها به لا بالثمن فلا تصح الإقالة مع تلف السلع بناء علـى أن الإقالة بيعٌ جديدٌ وليس فسـخًا لعقد سـابق، والذى قررناه وترجح فى نظرنا أن الإقالة فـسخ للبيع، فتصح ولو بعـد تلف المبيع للأدلة المتـقدمة، ولأن العقل يقبلها، ولا يتعارض مع المقاصد الدافعة إليـها تيسيرًا لمن ندم على عقد قد أبرمه، فقد شرعت الإقـالة لإزالة هذا الندم، وتنفيس هذه الكربة، ورفع ندم مـسلم وتنفيس كـربة مؤمن مندوب إليهمـا، لما رواه الترمذى عن أبى هريرة - رضي الله عنه - قـال: قال رسول الله ﷺ: «من نَفَّس عن مؤمن كـربة من كرب الدنيا، نَفَّس الله عنه كربة مـن كرب الآخرة»[(٣)] وكـذا قـوله ﷺ: «من أقال نادمًا أقال الله عثرته يوم القيامة»[(٤)].

* * *

(١) روضة الطالبـين ٣/ ٤٩٣، الإنصاف ٤/ ٤٧٧، الفروع ٤/ ١٢٢، الروض المـربع ٢/ ٢٥٤، مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل ٤/ ٤٨٤، شرائع الإسلام ٢/ ٦٧.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ١٩٠، البحر الرائق ٦/ ١١٤، التاج المذهب ٢/ ٤٧٦، شرائع الإسلام ٢/ ٦٧، مواهب الجليل ٤/ ٤٨٤، قواعد ابن رجب ص٣٨١.

(٣) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى ٦/ ٣٥ وقال عنه الترمذى: حسن.

(٤) سنن ابن ماجه بتحقيق الألبانى ٢/ ١٤ الحديث رقم ٢١٩٩.

القاعدة السابعة: «الصداق المعين فى يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟»:

قولان:

١ - تعريف الصداق لغة وشرعًا:

(الصداق لغة بفتح الصاد وكسرها) مهر المرأة، يقال: أصدق المرأة حين تزوجها إذا جعل لها صداقًا، والصداق مأخوذ من الصدق، وهو الشديد الصلب، لأنه أشد الأعواض ثبوتًا، فإنه لا يسقط بالتراضى[١]، وقيل: مأخوذ من الصدق ضد الكذب، لأن دخوله بينهما دليل على صدقهما فى موافقة الشرع[٢].

وسمى بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله فى الزواج الذى هو الأصل فى إيجاب المهر[٣].

ومن ثم يمكن أن يقال: إن معنى الصداق فى اللغة دفع المال المشعر بالرغبة فى عقد الزواج فيكون المعنى اللغوى مقصورًا على ما وجب بالعقد، فيكون أخص من المعنى الشرعى.

وأما شرعًا: فقد وضع له الفقهاء تعريفات كثيرة[٤]، وهى فى جملتها تفيد أن المهر أو الصداق هو المال الذى يجب بالزواج فى مقابلة منافع البضع إما بالتسمية وإما بالعقد، وله أسماء منها: المهر والصداق والنحلة والأجر والفريضة والعقد والعقد يصح وإن لم يسم فيه مهر لأن النكاح عقد انضمام وازدواج فيتم بالزوجين وهو واجب شرعًا لإظهار شرف المحل لا لصحة النكاح وعقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وأن القصد منه فى عرف الناس والشرع هو حفظ النوع الإنسانى وبقائه بالتناسل المشروع بجعل هذه المتعة حلالاً فى نظر الشرع الحنيف، وأن يجد كل من الزوجين فى الآخر الأنس الروحى الذى يؤلف بينهما، وتكون به الراحة وسط تعب الحياة وشدائدها فيتحقق من هذا الاجتماع بين الزوجين المودة والرحمة كما قال تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً** ﴾ (الروم: ٢١).

---

(١) لسان العرب ٤/ ٢٤٢٠ مادة صدق، وأساس البلاغة للزمخشرى ص٢٥١، وكفاية الأخيار ٢/ ٣٨ مطبعة مصطفى الحلبى.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٢/ ٢٩٤ طبع دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبى وشركاه.

(٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ٣/ ٢٢٠ مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م.

(٤) شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ٣/ ٢٠٤ دار إحياء التراث العربى، الشرح الكبير حاشية الدسوقى ٢/ ٢٩٣، مغنى المحتاج ٣/ ٢٢٠، كشاف القناع ٥/ ١٢٨ دار الفكر.

ورتب عليه فوق ذلك حقوقًا وواجبات.

وعلى ضوء ذلك يمكن وضع تعريف للزواج يجمع كل هذه المعانى فنقول:

الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجل المرأة، وتعاونهما، ويحدد ما لكل منهما من حقوق، وما عليه من واجبات، وهذه الحقوق والواجبات هى من عمل الشارع الحكيم، لا تخضع لما يشترطه العاقدان.

ولذلك كان عقد الزواج عند أكثر الأمم تحت ظل الأديان لتكتسب آثاره قدسيتها، فيخضع لها الزوجان عن طيب نفس بحكم الدّيان[١].

٢- حكم الصداق:

الصداق واجب، وبه يتحقق التمييز بين النكاح والسفاح، ووجوبه مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء: ٤) وهذا الخطاب للأزواج لكيلا يتذرعوا بحياء النساء وضعفهن فى أكل مهورهن، وإلى كون الخطاب للأزواج ذهب ابن عباس وقتادة، وابن زيد وابن جرير[٢].

وقيل: الخطاب للأولياء، حيث كان الولى يأخذ مهر المرأة ولا يعطيها شيئًا، فنهوا عن ذلك، وأمروا أن يدفعوا ذلك إليهن.

وقيل: المراد بالآية النساء فقد كانوا يتزوجون فى الجاهلية امرأة بأخرى، فأمروا أن يضربوا المهور لهن.

والأول أظهر، فإن الضمائر واحدة وهى بجملتها تفيد أن الخطاب للأزواج، لأنه تعالى قال: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء: ٣، ٤) وذلك يوجب تناسق الضمائر، وأن يكون الأول فيها هو الآخر[٣].

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (النساء: ٢٠، ٢١).

فقد أمر الله تعالى أن تؤتى النساء مهورهن وجعلها فريضة، وهذا أوضح دليل على وجوب المهر، وأنه لا زواج بدون مهر.

وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «ما أصدق رسول الله ﷺ أحدًا من نسائه ولا بناته فوق اثنتى عشرة أوقية إلا أم حبيبة فإن النجاشى زوّجه إياها، وأصدقها أربعة آلاف ونقد عنه ودخل بها النبى ﷺ ولم يعطها شيئًا»[٤].

---

(١) أحكام عقد الزواج فى الفقه الإسلامى للمؤلف ص٣٣، ٣٤.

(٢) تفسير التحرير والتنوير ٤/ ٢٢٩ - ٢٣٠ الدار التونسية للنشر ١٩٨٤م.

(٣) الجامع لأحكام القرآن ٢/ ١٥٩٣ - ١٥٩٤، روح المعانى ٤/ ١٩٨.

(٤) السنن الكبرى للبيهقى ٧/ ٢٣٤ باب ما يستحب من القصد فى الصداق.

فهذا يدل على أن النبى ﷺ تزوج وزوج بناته على المهر ولم يتركه فى النكاح مع أن الله أباح له الزواج بدون مهر.

٣- تعجيل الصداق وتأجيله:

الصداق كغيره من الحقوق المالية يجوز تعجيله ويجوز تأجيله، ويجوز تعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر، فإذا لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين فى التعجيل والتأجيل، فيجب مراعاة العرف السائد فى المكان الذى فيه عقد الزواج وإذا لم يكن هناك عرف سائد بين الناس فى تعجيل المهر وتأجيله فإنه يجب المهر كله للزوجة فى الحال بمجرد إتمام عقد الزواج، لأن ذلك هو الأصل فيه، والمهر حكم من أحكام عقد الزواج، وأحكامه لا تتراخى عنه فيكون الواجب تعجيله بمجرد إتمام العقد، فيبقى المهر على هذا الأصل ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقتضى التأجيل.

وقد جرى العرف فى البلاد المصرية أن يعجل نصف المهر ويؤجل نصفه إلى أقرب الأجلين: الطلاق أو الوفاة.

قال الفقهاء: المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، فوجب مراعاة العرف السائد، ولا مانع من ذلك شرعًا.

وقد يكون المهر عبارة عن شىء معين كأن يكون بيتًا أو قطعة أرض معينة أو حيوانًا معينًا، وقد يكون غير معين، أى دينًا فى ذمة الزوج عشرة آلاف جنيه مثلاً، فهى غير معينة[١]، فهذا المهر المعين إذا كان فى يد الزوج ولم تقبضه الزوجه ثم هلك أو استهلك فهل يضمنه الزوج ضمان عقد أو ضمان يد؟.

والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد، يظهر فى أمور كثيرة من أهمها أن ضمان العقد يشترط فيه أن يكون المعقود عليه فى يد المتعاقد الآخر، ليتحمل تبعة هلاكه، كتلف المبيع فى يد البائع قبل القبض بغير فعل المشترى، وأما ضمان اليد، فيضمن المتلف ما أتلفه سواء أكان بيده أم بيد غيره[٢].

٤- نوع الضمان فى الصداق:

بناء على أن جمهور الفقهاء[٣] يرون أن الزوجة تملك الصداق بمجرد عقد النكاح، وأن

(١) صداق الزوجة فى الفقه الإسلامى ص٢٨٧، ٢٨٨ للدكتور أحمد طه عطية أبو الحاج، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مكتبة النصر فرع جامعة القاهرة ١٩٩٨م.

(٢) مغنى المحتاج ٣/ ٢٢١، المبسوط ١١/ ٨٠، قواعد ابن رجب ص٦٨، رسالة التصرف فى المملوكات قبل قبضها ص٢٩٦.

(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٢٨٨ طبعة دار الكتاب العربى بيروت، مغنى المحتاج ٢/ ٢٢٤، المغنى ٦/ ٦٩٨، البحر الزخار ٣/ ١٠٢، شرائع الإسلام ٢/ ٢٣٠.

الصداق قبل قبضه يكون من ضمان الزوج، فهل هو مضمون عليه ضمان العقد أو ضمان اليد؟ فيه قولان:

القول الأول: أن الصداق مضمون على الزوج ضمان يد مثل المستعير وهو مذهب جمهور الفقهاء منهم الحنفية والمالكية وبه قال الشافعى فى القديم، ورجحه بعض أصحابه، وهو مذهب الحنابلة، والزيدية، والإمامية(١).

واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء: ٤) فإن النحلة هى العطية من غير عوض، فلا يكون الصداق مضمونًا على الزوج ضمان العقد، لأن العقود الأصل فيها المعاوضة(٢).

واعترض على هذا الاستدلال بأن النِّحلة لا يراد بها الهبة فقط بل قد يراد الدين والشريعة أيضًا، يقال: فلان ينتحل كذا، أى يدين بكذا.

والجواب على ذلك أن النِّحلة، وإن قيل فى تفسيرها: إنها الدين والشريعة، وأنها تحتمل الهبة والعطية والدين والشريعة، ولا تختص بأحدها، ولكننا رجحنا هنا أن المراد بها الهبة أو العطية لقرينة خارجة، لأن الصداق عبارة عن جزء يقطعه الزوج من ماله ويعطيه لزوجته ويهبه لها.

القول الثانى: أن الصداق قبل قبضه مضمون على الزوج ضمان عقد، وإليه ذهب الشافعى فى الجديد، وهو أظهر قوليه، والراجح عند أكثر أصحابه(٣).

وقد جاء فى المختصر العلائى قوله:

«الصداق المعين فى يد الزوج قبل القبض، هل هو مضمون ضمان العقد أو ضمان اليد؟ فيه قولان للشافعى: الجديد الصحيح: أنه ضمان العقد... والقديم: أنه ضمان اليد...»(٤).

واستدل لذلك أن الصداق مملوك بعقد معاوضة، فكان مضمونًا ضمان العوض فى عقود المعاوضات، ولهذا فإنه يحق للزوجة أن تحبس نفسها حتى تستوفى الصداق، وهذا من خواص عقود المعاوضات، وأيضًا: لو كان المهر قطعة أرض أو بيتًا، ثبت للشريك فيه حق الشفعة، وهذا يدل على أنه مضمون ضمان عقد.

---

(١) الفتاوى الهندية ١/ ٣١٦، مواهب الجليل ٣/ ٥٠١، روضة الطالبين ٧/ ٢٥٠، المغنى ٨/ ٣٦، جواهر الكلام ٥/ ٢٢٩، شرائع الإسلام ٢/ ٣٤، البحر الزخار ٤/ ١٠٦.

(٢) مختصر العلائى وكلام الإسنوى ص٤٢٤.

(٣) فتح العزيز ١٠/ ٨٩، ٩٠، روضة الطالبين ٧/ ٢٥٠.

(٤) مختصر العلائى وكلام الإسنوى ص٤٢٤ مرجع سابق.

ويمكن الرد على هذا الاستدلال بأن عقد النكاح ليس عقد معاوضة، فالزوجة تستمتع بزوجها كما يستمتع بها وإنما وجب الصداق على الزوج لأمور أخرى، فهو بمثابة إشعار للزوج بأن الزوجة شيء لا يسهل الحصول عليه إلا بالبذل والإنفاق فيحرص عليه ولا يفرط فيه.

أما أن الزوجة لها أن تحبس نفسها حتى تستوفى صداقها، فهذا لا يعنى أنه مضمون ضمان عقد لأنها تحبس نفسها لاستيفاء حق من حقوقها أوجبه لها الشرع، وثبوت حق الشفعة فى المهر لا علاقة له بضمان العقد أو ضمان اليد، لأن حق الشفعة يثبت لكل من أُدْخِل عليه مالك أجنبى فى حقه المشترك بينه وبين شريكه.

ونخلص من ذلك إلى القول بأن الصداق المعين فى يد الزوج قبل القبض مضمون عليه ضمان يد لا ضمان عقد لأنه يحقق العدل لكل من الزوجين، فقد تقبل الزوجة بصداق أقل من مهر المثل، ثم يتلف فى يد الزوج.

فلو قلنا: بأنه مضمون ضمان عقد لأوجبنا عليه أكثر مما التزم به، وهذا إجحاف بالزوج، وقد يقبل الزوج عن طيب نفس أن يلتزم بأكثر من مهر المثل، وربما يتلف هذا الصداق فى يده قبل أن تقبضه، فلو أجنبنا عليه مهر المثل، بناء على ضمان العقد لترتب على ذلك ظلم للزوجة، فى شيء تعلقت نفسها به، وكانت تنتظر تحققه.

فرع القاعدة:

هذه القاعدة تشتمل على فروع كثيرة تندرج تحتها، وهى فى الصداق، وكيفية ضمانه نذكر منها:

١- بيع الصداق قبل قبضه[١]:

الصداق قد يكون معينًا مثل أن يكون منزلاً معينًا أو سيارة معينة، وقد يكون غير معين، وبطبيعة الحال، لا يجوز للزوجة أن تتصرف فى غير المعين، لكونه مجهول العين، ولكن هل يصح لها أن تتصرف فى الصداق المعين قبل أن تقبضه بالبيع أو بالهبة أو غيرهما، بناء على أنه مضمون ضمان يد، أو لا يجوز بناء على أنه مضمون ضمان عقد؟.

المسألة محل خلاف بين المذاهب وقد أشار السيوطى إلى هذا الخلاف الفقهى بقوله: «الأصح، لا يصح بيعه أى الصداق قبل قبضه، بناء على ضمان العقد، والثانى: يصح بناء على ضمان اليد»[٢] وما يقال فى الصداق يقال فى بدل الخلع.

وقال النووى: «وأما بيع الصداق قبل القبض من يد الزوج، ففيه قولان، بناء على القولين

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٩١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٩١.

المشـهورين فى أنه مـضمـون على الزوج ضمـان العقد كـالمبـيع أو ضمـان اليد كـالعارية، والأصح، ضمان العقد.

فإن قلنا: ضمان اليد، جـاز كالعارية، وإن قلنا: ضمان العقد، فهو كـالمبيع، فلا يجوز بيعه قبل قبضه، ويجرى القولان فى بيع الزوج بدل الخلع قبل أن يقبضه»(١).

١- فيرى بعض الفقهاء أن للزوجة أن تتصرف فى صـداقها المعين إذا انتقلت ملكيته لها، وإن لم تقبضه من الزوج، وهذا مـا ذهب إليه جمهور الحنفية، وهو مـذهب المالكية، وأحد الوجهين فى مذهب الشافعية، والمعتمد عند الحنابلة، وبه قال الإمامية والزيدية(٢).

واستندوا فى ذلك إلى أن الصداق لا يخـشى أن ينفسخ سبب تملكه بهلاكه قـبل قبضه، ومن ثم جاز التصرف فيـه قبل قبضه، قياسًا على جواز التصـرف فى الوصية والميراث، وكل مملوك لا يخشى أن ينفسخ سبب تملكه قـبل القبض، إذ لا غرر ولا ضرر فى هذا التصرف، بخلاف البيع والإجارة، وغيرهما مما يمكن فيه غرر الانفساخ بهلاك عوضه قبل القبض.

وقالـوا أيضًا فى بيـان صحـة التصرف فـى الصداق قـبل قبـضه: إن الأصل فى صـحة التصرف، صدوره من أهله مضافًا إلى محل مملوك له، وهذا متحقق فى الصداق، فكان القول بجواز التصرف فيه قبل قبضه، عملاً بهذا الأصل، لوجود المقتضى.

٢- ويرى بعض الفقهاء أنه لا يجـوز للزوجة أن تتصرف فى الصداق المعين قـبل قبضه، وهذا قول الشافعية فى الأصح، وهو مذهب الظاهرية(٣).

وسندهم أن الصداق لمَّا كان مضمومًا قبل القبض من صاحب اليد عليه ضمان عقد، فلا يجوز للزوجة التصرف فيه قبل قبضه، قيـاسًا على المبيع فى عقد البيع، فإنه قد ينتقض سبب تملكه بهلاكه قبل القبض فلا يجوز تصرف المشتـرى فيه حتى يقبضه ويقاس عليه الصداق فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

وقالوا فى عدم الجواز: إن المهر قد يرجع إلى ملك الزوج إذا زال ملك الزوجة له، كما إذا ارتدت قبل الدخول أو انفـسخ عقد النكاح من جهتهـا أو تنصف المهر ورجع النصف إلى ملك الزوج بسبب الطلاق قبل الدخول أو انفساخه بسبب من غير جهته(٤).

---

(١) المجموع ٩/ ٣٢٢.

(٢) فتح القدير ٥/ ٢٦٥، المنتقى ٤/ ٢٨١، ٢٨٢، الحاوى الكبير ٦/ ١٨٠، الإنصاف ٨/ ٢٦٢، البحر الزخار ٤/ ١١٧، شرائع الإسلام ٢/ ٣٣.

(٣) الأشباه والنظائر لـلسيوطى، المجمـوع ٩/ ٣٢٢، المحلى ٩/ ٩٣، طبعة دار الاتحاد الـعربى بالقاهرة ١٣٨٧هـ.

(٤) الحاوى الكبير ٦/ ١٨٠، المنتقى ٤/ ٢٨٠، المغنى ٤/ ٢٢١، ٨/ ٣٥، ١٩٣، المحلى ٩/ ٥٩٨.

ولما كان ملكية الزوجة للصداق قبل القبض غير مستقرة لا باعتبار أنه ملك لم تقبضه، وإنما باعتبارات أخرى كتشطيره بالطلاق قبل الدخول وسقوطه بالردة، فإن هذا يمنع الزوجة من التصرف فى الصداق قبل قبضه إلا إذا تأكد حقها فيه، واستقرت ملكيتها له هو الراجح، فإن استقرت ملكيتها، جاز وإلا فلا، لا فرق فى ذلك بين المطعوم وغيره.

أما بدل الخلع، فإنه حق للزوج بمجرد قبول الزوج مخالعة الزوجة، يستقر ملكه له بتطليقها، وذلك لأنه بدل وجب فى مقابل تطليق الزوجة وأن الزوج ما لم يطلق، فلا يستقر ملكه فى هذا البدل لما أخرجه البخارى وغيره عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال لثابت بن قيس: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»(١).

٢- تلف الصداق:

إذا تلف الصداق قبل قبضه بأن أتلفه الزوج أو أتلفه غيره أو تلف بنفسه، فهل يجب على الزوج مهر المثل بأن يدفع للزوجة مهر امرأة تماثلها وقت العقد والمماثلة معتبرة بالسن والجمال والأدب والعقل والعلم والصلاح والبكارة والثيوبة وعدم الولد... إذ المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف، أو يلزم الزوج بدفع قيمة المهر إن كان قيميا؟.

والمثلى: نسبة إلى المثل، وهو ما لا تتفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به، وله نظائر فى الأسواق، ويطلق على الأموال التى تقدر عادة بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع أو الوصف(٢).

والقيمى: هو ما تفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به، أو لم تتفاوت آحاده إلا أنه انعدمت نظائره فى الأسواق، وهو يشمل ما كان بين آحاده تفاوتًا يعتد به، وذلك مثل الأراضى والدور والخشب والجلود، والحيوانات بأنواعها، سواء أكانت متغايرة فى الجنس أم متحدة فيه، وعروض التجارة المختلفة الجنس(٣).

فإذا كان المهر مثليًا أو كان قيميًا على ما ذكرنا وتلف عند الزوج قبل قبض الزوجة له، فهل يضمن المثلى والقيمى بقيمته أو لا يكون الضمان إلا مثليًا؟.

١- قال بعض الفقهاء: إنه لو تلف الصداق أو أتلفه الزوج قبل قبض الزوجة له، فإنه يضمن بمثله إن كان مثليًا، وبقيمته إن كان قيميًا، وهذا بناء على ضمان اليد كما قال السيوطى(٤)، لأن العقد قد انعقد، ووجب تسليم المهر، وبالهلاك عجز الزوج عن تسليمه،

(١) صحيح البخارى ٣/ ٢٧٣ كتاب الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه.
(٢) جامع الفصولين ٢/ ١٦٣، قوانين الأحكام ص٢٨١.
(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٤٨، المهذب ١/ ٣٧٠، ٣٧١.
(٤) الأشباه والنظائر ص١٩١.

فيجب دفع القيمة أو المثل، بخلاف البيع فـإنه إذا هلك المبيع قبل التسليم إلى المشترى بطل البيع بهلاك المبيع، وإذا بطل البيع سقط وجوب الـتسليم، فلا تجب القيمة ولا المثل، وإنما يسقط الثمن لا غير.

أما فى عقد الزواج فإن تلـف المهر لا يبطل العقد فوجب دفع مهر المـثل أو دفع قيمته، لأن كل عين وجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها، فالواجب بدلها، قياسًا على المغصوب والمستعار[١].

٢- وقال بعض الفقهاء: إنه لو تلف الصـداق، أو أتلفه الزوج قبل قبض الزوجة له صار مضمونًا عليه بمهر المثل وهو قول الشافعية فى الجديد.

قال السيوطى: إذا تلف الصداق أو أتلفه الزوج قبل قـبضه، فالأصح انفساخه، والرجوع إلى مهر المثل بناء على ضمان العقد[٢]، فيكون للزوجة عليه مهر المثل، إذ النكاح مستمر، والبضع كالتالف، فيرجع إلى بدلـه، وليس للبضع مثل، فيضمن بقيمته، وقيـمته مهر المثل، ولأن الشرع قد منع الزوجـة من الرجوع إلى بضعها بتلف الصداق، فـرجعت إلى بدل البضع وهو مهر المثل[٣].

أما إذا كان الإتلاف بهلاك أجنبى: فـالأصح عند الشافعية وغيرهم ثبـوت الخيار للمرأة، فهى بالخيار إن شاءت فسخت الصـداق، وحينئذ تأخذ من الزوج مهر المثل، ويرجع هو على المتلف لغرامة ما أتلفه، أو ترجع بضمـان الصداق على الأجنبى. . . فإن اختارت عدم الفسخ أخذت من المتلف مثل الصداق التالف أو قيمته[٤].

والراجح أن الصداق مضمون ضمان اليد فلا خيار لها إلا طلب المثل أو قيمته، فيرجع عليه بمثله أو قيمته لا بمهر المثل المبنى على أن الصداق مضمون ضمان عقد لضعف هذا الرأى.

٣- الزيادة فى الصداق:

إذا كان الصداق بستانًا فأثمر، أو حيوانًا فولد، قبل أن تقـبضه الزوجة وتأكد استحقاقها له بالدخول أو الموت، فإن هذه الزيادة تثبت لها لأن هذه الزيادة نماء ملكها، فيتبع الملك.

أما إذا لم يتأكد استـحقاقها للصداق، وزاد المهر زيادة منفـصلة، فمن الذى يستحق هذه الزيادة من الزوجين. . . الزوج أو الزوجة؟.

---

(١) بدائع الصنائع ٣/ ١٤٥٠، مجمع الضمانات ص٣٤٧، المنتقى ٤/ ٢٨٠، روضة الطالبين ٧/ ٢٥٠.
(٢) بتصرف فى العبارة الأشباه ص١٩١.
(٣) المهذب ٢/ ٢٧٤، الشرح الكبير للرافعى ١٠/ ٩٠، روضة الطالبين ٧/ ٢٥٠، ٢٥١.
(٤) بدائع الصنائع ٢/ ٢٩٩، مجمع الضمانات ص٣٤٧.

١- يرى بعض الفقهاء: أن المهر إذا زاد زيادة منفصلة متولدة من الأصل، كالولد والثمر، ونحوهما، وطلق الزوج الزوجة، فهذه الزيادة لها وتنفرد بها، ويختص الزوج بنصف الأصل دون النماء، لأن الطلاق بعد العقد، وقبل الدخول يتنصف به المهر المسمى فى العقد، فهذه الزيادة للمرأة قطعًا، وهو رأى بعض المالكية، والأصح للشافعية، وهو مذهب الحنابلة والزيدية والإمامية(١).

وإنما أثبتناه للزوجة، لأن هذا النماء حدث فى ملكها، فيكون من حقها، وقد أمكن الرجوع فيه من غير ضرر على أحد، فوجب أن يثبت حكمه.

٢- ويرى بعضهم: أن هذه الزيادة تتنصف هى والأصل جميعًا وهو رأى الحنفية، وبعض المالكية ومقابل الأصح عند الشافعية(٢).

وإنما قالوا ذلك بناء على أن النماء كان لملكهما المشترك، لأن المهر لا يستقر ملكيته للمرأة وحدها إلا بالدخول أو الموت أو الخلوة الصحيحة عند بعض الفقهاء، ويضاف إلى ذلك أن ملكية الزوجة للنصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول، وقبل الخلوة، وعادت ملكيته إلى الزوج، فتكون الغلة مشتركة بين الزوجين مناصفة(٣).

وهذا الرأى لا نسلم به لأن المعاوضة المطلقة تقتضى ثبوت الملك فى العوضين فى آن واحد وقد ثبت الملك فى أحد العوضين وهو البضع بالعقد، فيثبت الملك فى العوض الآخر وهو المهر، وعلى هذا فالنماء الذى حصل من ملك الأصل يكون للزوجة، وعليه فتكون الزيادة كلها للزوجة، ولا يتنصف إلا الأصل فقط، ترجيحًا لضمان اليد، بل إن من قال بضمان العقد احتمل قولهم ثبوت الزيادة كلها للزوجة وهو الأصح فى أحد الوجهين(٤)، وهذا هو الحكم فى الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل قبل القبض، والحكم كذلك فى الزيادة المنفصلة الغير متولدة من الأصل كالكسب وتعلم صنعة، فهذه الزيادة كلها على الرأى الراجح للمرأة، ويتنصف الأصل فقط.

قال فى الروضة: «وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد، إن قلنا بضمان اليد: فهى للمرأة، وإلا فوجهان، كالوجهين فى زوائد المبيع قبل القبض، والصحيح أنها للمشترى فى البيع، وللمرأة هنا، وهذه الزيادة شاملة للمنفصلة المتولدة من الأصل والغير متولدة من الأصل.

---

(١) الخرشى ٣/ ٢٧٩، روضة الطالبين ٧/ ٢٥٦، المغنى والشرح ٨/ ٣١، اللمعة الدمشقية ٥/ ٣٥٣، البحر الزخار ٣/ ١٢٤.

(٢) فتح القدير ٢/ ٤٥٦، مواهب الجليل ٣/ ١٥١، روضة الطالبين ٧/ ٢٥٦.

(٣) مغنى المحتاج ٢/ ٢٢٤.

(٤) الأشباه للسيوطى ص١٩١، روضة الطالبين ٧/ ٢٥٦.

٤- تعيب الصداق:

إذا تعيب الصداق بأن كان حيوانًا فهزل، أو صحيحًا فمرض فهل للزوجة حق الخيار فى فسخ الصداق بناء على أنه مضمون على الزوج ضمان يد، كالعين المعارة والمغصوبة، أو أن الزوجة تجبر على أخذه معيبًا، بناء على أنه مضمون ضمان عقد؟.

١- ذهب فريق من الفقهاء إلى أنه ليس للزوجة إلا أخذ صداقها إذا تعيب وليس لها الخيار يسيرًا كان العيب أو فاحشًا وبه قال جمهور الحنفية، والشافعية فى قول مرجوح عندهم[1].

وعليه فإن الزوجة تجبر على أخذه ناقصًا طالما لم يثبت تقصير من الزوج، أو تعديه ومن ثم، فلا وجه لوجوب الضمان خصوصًا إذا كانت الزوجة قد رضيت ببقاء الصداق تحت يده وائتمنته عليه.

٢- وذهب فريق آخر إلى أن الزوجة بالخيار[2]، إذا تغيب الصداق مع اختلافهم فى طبيعة الضمان فى الصداق المعين قبل القبض، لأن الصداق المعين قبل القبض مضمون على الزوج ضمان يد، وعليه فلو تعيب الصداق فللزوجة الخيار، فى أن تأخذه معيبًا مع قيمة النقص، أو تأخذ مثله أو قيمته سليمًا.

وهذا هو الراجح فيكون الصداق قبل القبض مضمونًا على الزوج ضمان يد لا ضمان عقد.

وأما قول بعضهم: إنها رضيت بأخذ العين فلا تستحق التعويض عن مقدار العيب، فهذا فيه إجحاف وظلم، ومعاملة لها بنقيض معروفها حينما رضيت بأخذ العين المعيبة، والعدالة تقتضى أن تأخذ قيمة النقصان، طالما أنها كانت ستأخذ مثل الصداق أو قيمته إذا تلف.

* * *

(١) فتح القدير ٢/ ٤٤٥، ٤٥٦، الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٩١.

(٢) بدائع الصنائع ٢/ ٣٠٢، بداية المجتهد ٢/ ٣٣، الأشباه والنظائر للسيوطى ١٩١.

القاعدة الثامنة: «الطلاق الرجعى، هل يقطع النكاح، أو لا؟» قولان:

بيان معنى الطلاق والرجعة لغة وشرعًا:

١- الطلاق لغة: هو الترك والتخلية من القيد، سواء كان هذا القيد حسيًا كترك الناقة، أو معنويًا كتطليق الزوجة، والعرف غلب فيه استعمال لفظ الطلاق فى رفع القيد المعنوى.

وأما حقيقة الطلاق شرعًا: فقد عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة وهى فى مجموعها تفيد أن: الطلاق هو حل رباط الزوجية الصحيحة فى الحال أو المآل، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة، صادرة من أهله فى محله قاصدًا لمعناه أمام شهود[(١)].

وقد راعينا فى هذا التعريف، تضييق نطاق الطلاق، لأن الطلاق يكون حصوله من الزوج بناء على رغبته فى قطع رباط الزوجية الصحيحة، وإذا حصل من الزوجة، فيكون بالوكالة عنه بأن يقول الزوج لزوجته: وكلتك فى طلاقك، وقد تشترط المرأة فى عقد زواجها أن تكون عصمتها بيدها، وفى هذه الحالة يكون لها الحق فى إيقاع الطلاق، ولا يخفى أن فى الأخذ بمبدأ أن لا يقع الطلاق إلا أمام شاهدين تقليلاً لإحداث الطلاق، فإنه إلى أن يتم الحصول على شاهدين يفهمان ما سيشهدان عليه، تقل حدة الخلاف، وتهدأ ثورة الغضب، ويبدأ المخطئ يراجع نفسه ويحاول أن يصحح موقفه، ثم إن الشاهدين لن يعدما أن يقولا كلمة خير، وأن يؤديا واجبهما فى هذا الموقف كسفراء إصلاح[(٢)].

٢- وأما الرجعة فهى لغة: اسم مصدر رجع يقال: رجع عن الأمر يرجع رجعًا ورجوعًا، ورجع عن سفره رجوعًا، وهو نقيض الذهاب[(٣)].

وأما تعريفها شرعًا فهو:

رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن فى العدة على وجه مخصوص[(٤)].

فالطلاق الرجعى: هو الذى يملك فيه الزوج إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت فى العدة.

ويعرف الطلاق الرجعى على ما يقتضيه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م بأنه: «طلاق الرجل زوجته المدخول بها حقيقة إذا لم يقترن بعوض ولم يسبق بطلاق أصلاً أو سبق بطلقة واحدة».

---

(١) انظر: المعجم الوسيط ج٢ مادة طلق، وأساس البلاغة للزمخشرى ص٣٩٤، ط. بيروت، والطلاق فى الإسلام لمولانا محمد على ص٢٨، والدين والعقل للدكتور سليمان دنيا ص٦٤.

(٢) المرجع السابقة.

(٣) المعجم الوجيز ص٢٥٦.

(٤) مغنى المحتاج ٣/ ٢٣٥.

وهذا التعريف مأخوذ من المذهب الشافعى والمالكى.

ولكن هل الطلاق الرجعى يزيل الملك وَحِلَّ الاستمتاع بالزوجة المطلقة أو أن الزوجية باقية، فتكون الرجعية زوجة؟ هذا هو محل النزاع، ومن خلال تتبع كلام الفقهاء، نجد أنهم يتفقون على أن المطلقة طلاقًا رجعيًا لها حكم الزوجة من حيث ثبوت الإرث وصحة وقوع الظهار، ووجوب النفقة ما دامت فى عدتها، وصحة التلاعن بينها وبين زوجها[1].

ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك من أمور، ومنها: هل الطلاق الرجعى يقطع النكاح؟.

١- ذهب فريق من الفقهاء إلى القول: بأن الطلاق الرجعى يقطع النكاح ويزيله، وهذا مذهب المالكية[2] والشافعية فى الأصح، وإليه مال بعض الحنابلة، وهو قول عطاء بن أبى رباح المكى، ورجح هذا الرأى الشيخ أحمد شاكر بقوله: يظن كثير من الباحثين أن الطلاق الرجعى ليس حلاً لعقدة النكاح، وأن الرجعية لا تزال زوجًا، لأن آثر العقد باقية بينهما، وهو وهم، بل الطلاق يزيل عقد النكاح سواء الرجعى وغيره.

واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ**﴾ (البقرة: ٢٢٨) فقد عبر الله تعالى عن الرجعة بالرد، والرد معناه: الإعادة[3]، فدل هذا على أن الطلاق الرجعى يقطع النكاح، ولا يعود النكاح إلا بالرجعة التى هى بمعنى الإعادة.

ونقل عن ابن حجر فى الفتح عن ابن السمعانى قال: «الحق أن القياس يقتضى أن الطلاق إذا وقع زال النكاح، ولكن الشرع أثبت الرجعة فى النكاح، ليتدارك المطلق أمره فى مراجعة زوجته فى العدة إذا ندم على فراقها، ورأى أن ما طلقها لأجله لا يقتضى مفارقتها، وهذا لطف من الله بعباده، وحرص من الشارع على بقاء العصمة الأولى.

وجاءت آيات الطلاق فى القرآن الكريم مقرونة بالرجعة فى قوله تعالى: ﴿**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: ٢٢٩) وقال سبحانه وتعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**﴾ (الطلاق: ١).

ومعنى قوله: ﴿**لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**﴾ الأمر هنا كما ذكر المفسرون الرجعة، وهذا معناه أن الطلاق الرجعى يقطع النكاح ويزيله.

---

(١) الهداية ٢/ ١٩، بداية المجتهد ٢/ ١٢٤، المجموع ١٨/ ٤٠٨، المغنى ٨/ ٤٧٧، شرح الأزهار ٢/ ٤٦٧، شرح كتاب النيل ٧/ ١٠٤.

(٢) أسهل المدارك ٢/ ١٣٨، الأشباه للسيوطى ص١٩٣، المغنى والشرح الكبير ٨/ ٤٧٧.

(٣) الأحوال الشخصية للشيخ أبى زهرة ص٢٦٦.

٢- وذهب آخرون إلى أن الطلاق الرجعى لا يقطع النكاح، وهذا قول الحنفية وبعض الشافعية وتبعهم الحنابلة فى ظاهر المذهب، وهو رأى الإمامية، والزيدية والظاهرية[(١)].

واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ فقد سمت الآية المطلق بعلاً، والبعل معناه: الزوج، فالزوجية باقية حسب نص الآية.

فالطلاق الرجعى لا يقطع النكاح، إذ لو كان يقطع النكاح لما كان للزوج عليها من سبيل ولوجب استئذانها فى حق الرجعة.

وهذا ما نرجحه وعليه فيكون النكاح باقيًا والطلاق الرجعى لا يرفع سلطان الزوج على زوجته ما دامت فى العدة.

أهم الفروع المتعلقة بالقاعدة:

١- غسل الرجعية لزوجها إذا مات:

إذا مات زوج المرأة المطلقة طلاقًا رجعيًا وهى فى العدة، فهل يجوز أن تغسله؟ بناء على أن الطلاق الرجعى يقطع النكاح أو لا؟.

١- قال بعض أهل العلم: إنه يجوز لها أن تُغَسِّل زوجها إذا مات ما دامت العدة باقية، وهو مذهب الحنفية، وأحد القولين عند المالكية والشافعية والحنابلة وهو مذهب الزيدية[(٢)].

واستندوا فى ذلك إلى قول السيدة عائشة رضي الله عنها: لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما غسل رسول الله ﷺ إلا نساؤه[(٣)].

وأوصى أبو بكر رضي الله عنه أن تغسله امرأته أسماء بنت عميس، فغسلته، وغَسَّلَ أبا موسى امرأته أم عبد الله.

والمعنى فى ذلك: أن كل واحد من الزوجين يسهل عليه اطلاع الآخر على عورته، لما كان بينهما فى الحياة، ويأتى الغسل على ما يمكنه لما كان بينهما من المودة والرحمة.

٢- وقال البعض الآخر: لا يجوز للمرأة أن تغسل زوجها إذا مات وهى معتدة من طلاق رجعى، وهو مذهب المالكية فى أحد القولين، وهو الأصح عند الشافعية، وأحد الرأيين فى

---

(١) البحر الرائق ٤/ ٥٤، الأشباه والنظائر ص١٩٣، المغنى لابن قدامة ٨/ ٧٧، شرائع الإسلام ٣/ ٣٠، الروض النضير ٤/ ٣٤٣، المحلى ٧/ ٣٠٥.

(٢) الأجوبة الخفيفة ص٦٨، قوانين الأحكام ص١٠١، المجموع ٥/ ١١٣ وما بعدها، الشرح الكبير بهامش المغنى ٢/ ٢١٣، شرح الأهار ١/ ٤٠٨.

(٣) سنن أبى داود بإسناد صحيح ٣/ ١٩٦/ ١٩٧ كتاب الجنائز باب ستر الميت عند غسله، الحديث رقم ٣١٤١.

مذهب الحنابلة[١]، واستندوا فى ذلك إلى أن الموت فرقة تبيح أختها، وأربعًا سواها، فيحرم على الزوجة النظر واللمس.

ويجاب على هذا بأن الطلاق الرجعى لا يزيل العلاقة الزوجية ما دامت فى العدة، فالزواج بينهما قائم فى العدة، ولو وضعت حملها عقيب موته كان لها أن تغسله وقد انقضت عدتها[٢].

وهذا الخلاف منشؤه، اختلافهم فى الطلاق الرجعى، هل يقطع النكاح أو لا؟ فمن قال بأنه يقطع النكاح، منع غُسْل الزوجة لزوجها إذا مات وهى معتدة من طلاق رجعى، ومن قال بأنه لا يقطع النكاح أجاز لها ذلك، وهذا هو الراجح بدليل التوارث بينهما فلها أن تغسله ما دامت فى العدة، بل قال بعض فقهاء الشافعية: لها ذلك ما لم تتزوج.

٢- حكم الوطء والاستمتاع:

إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعى فهل يجوز لمطلقها أن يطأها، أو أن يستمتع بها وهى فى فترة العدة؟.

١- يرى الحنفية، وابن وهب من المالكية، والحنابلة فى ظاهر المذهب، والظاهرية، والإمامية، والزيدية[٣]: أنه يجوز وطء المطلقة طلاقًا رجعيًا، والاستمتاع بها ما دامت فى العدة، لأن المراجعة تحصل بذلك.

قال أبو حنيفة: تصح الرجعة بالفعل وبسائر مقدماته من تقبيل ولمس بشهوة وسائر أنواع الاستمتاع على خلاف فى صحة الرجعة بالاستمتاع بدون وطء.

والرواية المشهورة عند أحمد عدم صحة الرجعة بمقدمات الوطء، لأنه لا يترتب عليها عدة، ولا يجب بها مهر، فلا تصح بها الرجعة.

والرواية الأخرى: تصح الرجعة بهذه الأشياء، لأنها لا تخلو من استمتاع يجرى بين الزوجين[٤].

فالذين أجازوا الوطء اعتبروه رجعة ولو لم ينو بذلك الرجعة.

وأما جمهور المالكية فقد حرموا الوطء والاستمتاع بها إلا إذا نوى مراجعتها... ولو فعل

(١) قوانين الأحكام ص١٠١، المجموع ٥/ ١١٣، المغنى والشرح الكبير ٢/ ٢١٣.
(٢) الأجوبة الخفيفة ص٦٨، قوانين الأحكام ص١٠١، المجموع ٥/ ١١٣.
(٣) المبسوط ٦/ ٢٢، أسهل المدارك ٢/ ١٣٨، كشاف القناع ٥/ ٣٤٣ وما بعدها، المحلى ٧/ ٣٠٥، ٣٠٦، شرائع الإسلام ٣/ ٣٠، الروض النضير ٣/ ٣٤٣.
(٤) المغنى والشرح الكبير ٤/ ٤٧٤ وما بعدها.

معها ذلك ولم ينو المراجعة، فلا صداق، ولا حد عليه، مراعاة لخلاف ابن وهب الذى أجاز ذلك واعتبره رجعة[١].

٢- ويرى جمهور المالكية، والشافعية فى قول، وبعض الحنابلة، وابن عطاء أن المعتدة من طلاق رجعى لا يجوز لمطلقها أن يطأها، ولا أن يستمتع بها فى أثناء العدة وإن كانت فى حكم التى فى العصمة فى لزوم النفقة والكسوة والسكنى ولحوق الطلاق لها إلا أنه لا يجوز له الاستمتاع والخلوة بها، والأكل معها بلا نية مراجعتها بذلك، فإن نوى المراجعة فإنه يجوز لأن المراجعة لا تصح بالفعل كالوطء ومقدماته.

واستدلوا على أن الطلاق الرجعى يقطع النكاح ويحرم الاستمتاع بالمطلقة بأن ابن عمر رضي الله عنه لما طلق زوجته فى الحيض أمره النبى ﷺ بمراجعتها، ولما كان لا يجوز قربان الزوجة أثناء الحيض فدل على أن المراجعة بالقول لا بالفعل.

وقالوا: بأن الطلاق يزيل النكاح، والوطء أثر من آثاره فوجب أن يزول بزوال النكاح، لأن الرجعة عند الشافعى إعادة للنكاح الذى أزاله الطلاق لقوله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ**﴾ (البقرة: ٢٢٨) والرد معناه الإعادة.

والظاهر ما ذهب إليه الأحناف ومن وافقهم لأن العدة مدة خيار، والاختيار يصح بالقول والفعل.

٣- حكم طلاق الرجعية:

هل المطلقة طلاقًا رجعيًا يقع عليها طلاق آخر، أو لا يقع عليها الطلاق إذا طلقها الزوج وهى فى العدة؟.

وبعبارة أخرى... هل الطلاق الرجعى يقطع النكاح أو لا؟.

قال الرافعى: والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما، لاختلاف الترجيح فى الفروع، ومن أجل ذلك وقع خلاف فى هذه المسألة بين الفقهاء[٢].

١- معظم فقهاء المذاهب أن الطلاق يقع على الرجعية، فالطلاق الرجعى لا يقطع النكاح، وأن الرجعة إنما هى استدامة النكاح السابق، فهى كالزوجة يقع عليها الطلاق وإلى هذا الرأى ذهب الحنفية والمالكية والشافعية، والحنابلة، والإباضية والظاهرية[٣].

---

(١) أسهل المدارك ٢/ ١٣٨، جواهر الإكليل ١/ ٣٦٢.

(٢) بتصرف من الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٩٢.

(٣) فتح القدير ٣/ ٩٧، ٢٢١، أسهل المدرك ١/ ١٣٨، الأشباه للسيوطى ص١٥٤، المغنى والشرح الكبير ٨/ ٤٧٧، شرح كتاب النيل ٧/ ١٠٤، المحلى ٧/ ٣٠٥.

واستـدلوا لذلك بمـا روى أن ركانة لمـا طلق امرأته ثلاثًا وحـزن عليهـا، سأله الـرسول ﷺ: «كيف طلقتهـا؟ قال: طلقتها ثلاثًا، قال: فى مجلس واحد؟ قـال: نعم، قال: فإنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت»(١) وهو يدل بمفهوم المخالفة أن الثلاث إذا كانت فى مجالس مختلفة وقع ثلاثًا، إذا كانت فى العدة.

وأيضًا: فإن الشـارع مَلَّك الزوج ثلاث تطليقات، فله أن يوقعـها كيف شاء، مجتـمعة أو متفرقة ما دامت الزوجية الصحيحة قائمة حقيقة أو حكمًا، والزوجية فى العدة قائمة(٢).

٢- ويرى ابن تيمية وابن القـيم والإمامية والزيدية وبه قال على وابن عبـاس وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف وغيرهم أن المطلقة طلاقًا رجعيًا لا يقع عليها طلاق على التوالى، فلا يقع طلقتان إلا وبينهما رجعة أو عقد(٣)، وأن الطلاق الرجعى يقطع النكاح.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة: ٢٢٩).

ووجه الدلالـة: أن الله تعالى شرع الطـلاق، ليكون على دفعـتين يتلو كـلاً منهمـا أحد أمرين: إمساك بمعروف وهو الرجعة، أو تسريح بإحـسان وهو ترك المعتدة حتى تبين من بعد قضاء عدتهـا، فيكون إيقاع الطلاق فى العدة مناقض لهذا المشـروع فلا يملكه الزوج، فيكون لغوًا(٤).

وأخـرج ابن ماجـه عن أبى موسى الأشـعرى رضي الله عنه أن النبى ﷺ قـال: «ما بال أقـوام يلعبون بحدود الله؟ يقول أحدهم: قد طلقتك، قد راجعتك، وقد طلقتك»(٥).

فقد جـعل من يطلق عقب الرجعة لاعـبًا بحدود الله، فمـا ظنك بمن يطلق ثم يطلق مرة أخرى قبل أن يراجع؟!.

فتكرار الطلاق باللفظ ما هو إلا استعجال ما شرعه الله على سبيل الأناة، ومحاولة لجعل الطلقة الأولى أو الثـانية ثالثة بائنة، وهذا تلاعب ومن ثم فلا يملك الزوج أن يـجعل الرجعى بائنًا، كما لا يملك أن يجعل البائن رجعيًا لما فى ذلك من مخالفة المشروع(٦).

---

(١) سنن أبى داود ٢/ ٢٥٩، ٢٦٠، الحديث رقم ٢١٩٦ كتاب الطلاق باب المراجعة بعد التطليقات الثلاثة وهو معلول بابن إسحاق، نيل الأوطار ٦/ ٢٢٧.

(٢) الفرقة بين الزوجين للأستاذ على حسب الله ص٥٧.

(٣) المراجع السابقة وشرح الأهاز ٢/ ٤٥٣، والأحوال الشخصية للشيخ أبى زهرة ص٢٩٢، ٢٩٣.

(٤) أحكام القرآن للكيا الهراسى ١/ ١٧٠، ١٧١.

(٥) سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٠، كتاب الطلاق، الحديث رقم ٢٠١٧، قال فى الزوائد: إسناده حسن.

(٦) الفرقة بين الزوجين للأستاذ على حسب الله ص٥٨، ٥٩.

وعلى هذا فلا يملك الزوج أن يوقع الطلاق على المعتدة من طلاق رجعى، وإذا أوقعه فلا يقع لأنه غير مشروع، وما كان غير مشروع فهو باطل، ومن أجل ذلك قضى رسول الله ﷺ بوقوع الثلاث واحدة فى حديث ركانه، ولا معنى لهذا إلا أن المعتدة لا يقع عليها طلاق، وهذا هو الراجح.

٤- حكم الإشهاد على الرجعة:

الإشهاد على الرجعة مبنى على أن الطلاق الرجعى هل يقطع النكاح أو لا يقطعه؟.

وبناء على هذا اختلف الفقهاء فى حكم الإشهاد على الرجعة:

١- فقال الحنفية والمالكية فى المشهور فى المذهب، والشافعية فى الأصح، والإمام أحمد فى إحدى الروايتين، والإمامية(١): يستحب الإشهاد على الرجعة.

واستدلوا لذلك بما ورد أن ابن عمر رضي الله عنه لما طلق زوجته فى الحيض، أمره النبى ﷺ بمراجعتها(٢)، ولم يأمره بالإشهاد(٣)، فدل ذلك على استحبابه عند المراجعة، لأنه لا يشترط فيها الولى، فلا يشترط الإشهاد كالبيع(٤).

وأيضًا: فإنه لا يجب الإشهاد على الطلاق، والرجعة قرينته، فلا يجب الإشهاد فيها، قياسًا عليه(٥).

ومن المسلم به أن الرجعة من حقوق الزوج الخالصة، وهى لا تحتاج لقبول المرأة، والحق إذا لم يحتج إلى قبول فلا يحتاج إلى إشهاد من باب أولى.

٢- وقال المالكية فى قول مرجوح، والشافعية فى مقابل الأصح وأحمد فى الرواية الثانية وهو مذهب الإباضية، والظاهرية بوجوب الإشهاد على الرجعة، فإذا راجع ولم يشهد فليس مراجعًا، لقوله تعالى: ﴿ **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ﴾ (الطلاق: ٢) ففرق عز وجل بين المراجعة والطلاق والإشهاد، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وكأن من طلق ولم يشهد ذوى عدل أو راجع ولم يشهد ذوى عدل كان متعديًا حدود الله، فوقع عمله باطلاً لا يترتب عليه أى أثر من آثاره.

ويؤكد ذلك ما روى عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً سأله عمن طلق امرأته طلاقًا

---

(١) الاختيار ٣/ ١٤٨، قوانين الأحكام ص٢٤٦، المجموع ١٨/ ٤١٣، المغنى والشرح الكبير ٨/ ٤٨٢، شرائع الإسلام ٣/ ٣٠.

(٢) سنن الدارقطنى ٤/ ٥، كتاب الطلاق، الحديث رقم ٦ وسنده صحيح.

(٣) نيل الأوطار ٦/ ٢٥٣.

(٤) المهذب ٢/ ١٠٤.

(٥) نيل الأوطار ٦/ ٢٥٣.

رجعيّا ثم ارتجع ولم يشهد، فقال: «طلقت لغيـر سنة وراجعت لغير سنة، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد»[١].

وقالوا: إن الرجعة استباحة بضع محرم بناء على أن الطلاق الرجعى يقطع النكاح، فيلزمه الإشهاد[٢].

ولكن الذى نرجحه أن الإشهـاد مستحب لأنه لم يفتقر إلى الولى فلم يفـتقر إلى الإشهاد كالبيع للأمن من الجحود، وقطع النزاع وسد باب الخلاف بين الزوجين.

* * *

(١) سنن أبى داود ٢/ ٢٥٧، كتـاب الطلاق باب الرجل يراجع ولا يشهـد، الحديث رقم ٢١٨٦، وإسناده صحيح، جامع الأصول ٧/ ٦٢٥.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢١٦، المغنى والشرح الكبير ٨/ ٤٨٢.

القاعدة التاسعة: «الظهار، هل المغلب فيه مشابهة الطلاق، أو مشابهة اليمين؟[١] قولان»

تعريف الظهار لغة وشرعًا:

الظِّهار (بكسر الظاء) لغة مأخوذ من الظهر، لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته: أنت عليَّ كظهر أمي، وإنما خصوا الظهر دون البطن والفخذ وغيرهما، لأن الظهر موضع الركوب من الدابة[٢] والمرأة مركوب الرجل.

والظهار شرعًا: هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريمًا مؤبدًا[٣]، كأن يقول لها: أنت عليَّ كظهر أمي، فلما كان الظهار يترتب عليه تحريم الزوجة على زوجها كان شبيهًا بالطلاق، لأن الطلاق يترتب عليه إنهاء عقد الزواج وآثاره، وكان شبيهًا باليمين من حيث إن اليمين قد يترتب عليها تحريم ما كان حلالاً قبلها، ولا ينفك التحريم إلا بالكفارة.

ولكن هل هو أشبه بالطلاق أو اليمين؟ فيه خلاف بين فقهاء المذاهب.

١- فقال بعضهم: المغلب في الظهار جانب الطلاق، فهو أشد شبهًا بالطلاق منه إلى اليمين وهذا هو رأى الحنفية، وأحد القولين عند الشافعية وإليه ذهب الزيدية والإباضية[٤].

قال في الأشباه للسيوطي: «الظهار هل المغلب فيه مشابهة الطلاق أو مشابهة اليمين؟ فيه خلاف، والترجيح مختلف»[٥] فمن قال إنَّ الظهار أشبه بالطلاق فذلك لأن كلاً منهما يثبت التحريم بين الزوج وزوجته.

٢- وقال البعض الآخر: يغلب في الظهار جانب اليمين، فهو إلى اليمين أقرب وهذا هو رأى المالكية، وأحد القولين للشافعية، وإليه ذهب الحنابلة[٦].

ونصوا على ذلك فقالوا: «إن الظهار يمين، فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها، وهو فعل ما حلف على تركه، كسائر الأيمان، وتجب الكفارة به كسائر الأيمان، ولأنها يمين تقتضى ترك الوطء، فلا تجب كفارتها إلا به كالإيلاء»[٧].

---

(١) الأشباه والنظائر ص١٩٢. (٢) مختار الصحاح ص١٧١.

(٣) فتح القدير ٣/ ٢٢٥، مغنى المحتاج ٣/ ٣٥٣.

(٤) فتح القدير ٣/ ٣٣٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٩٢، الروض النضير ٤/ ٤٤٨، شرح كتاب النيل ٧/ ١٠٤.

(٥) الأشباه والنظائر ص ١٩٢.

(٦) بداية المجتهد ٢/ ١٣٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٩٢، المغنى و الشرح الكبير ٨/ ٥٧٨.

(٧) المراجع السابقة.

فقد صرحوا بأن الظهار يمين وأنه كالإيلاء، فيكون أشبه باليمين، لأن التحريم يرتفع بالكفارة التى أوجبها الشرع على المظاهر، وهذا شأن من حلف يمينًا، فإن يمينه يرتفع بفعل كفارته لقوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ** ﴾ (المجادلة: ٣).

والراجح أن الظهار أشبه باليمين لأن كلاً منهما يثبت به تحريم مؤقت، أما الطلاق فإن أثره يظل باقيًا، حتى لو راجع زوجته، فإنه يحسب عليه طلقة، وإذا كان قد طلق ثلاثًا فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجًا غيره وهذا ليس بموجود فى الظهار.

ويغلب فى بعض الفروع جانب الطلاق، ولكن هذه الفروع قليلة.

أهم الفروع على القاعدة:

١ - الظهار من أربع نسوة بكلمة واحدة:

إذا ظاهر الرجل من زوجاته الأربع بكلمة واحدة، بأن قال لهن: أنتن علىَّ كظهر أمى، فهل يلزمه كفارات بعدد زوجاته، أو كفارة واحدة؟ فيها خلاف:

فعند مالك: أنه يجزئ فى ذلك كفارة واحدة، وهذا قول الشافعى فى القديم، وهو مذهب الحنابلة، وقال به جمع من الصحابة منهم على بن أبى طالب، وعمر بن الخطاب ﷺ، وقال به من التابعين: عطاء بن أبى رباح وطاوس بن كيسان اليمنى وعروة بن الزبير وربيعة الرأى والأوزاعى وغيرهم[١].

وعند الشافعى وأبى حنيفة: أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن... وبه قال الإمامية والزيدية والإباضية، وهو قول الحسن البصرى، وإبراهيم النخعى والزهرى وسفيان الثورى وغيرهم[٢].

والوجه فى لزوم الأربع كفارات: أن الظهار متعلق بكل واحدة منهن... وقياسًا على الطلاق بجامع الحرمة وهذا الخلاف نشأ من كون الظهار هل هو طلاق أو يمين؟.

فمن شبهه بالطلاق: أوجب فى كل واحدة كفارة، لأن الظهار متعلق بكل واحدة منهن، فلا يرتفع التحريم إلا بكفارة مستقلة كما لو أفرد كل واحدة منهن بالظهار[٣].

---

(١) جواهر الإكليل ١/ ٣٧٣، والمغنى والشرح الكبير ٣/ ٥٨١، ٥٨٢، والأشباه والنظائر للسيوطى ص١٩٢، وبداية المجتهد ٢/ ١٣٠.

(٢) الاختيار ٣/ ١٦٣، المجموع، وشرائع الإسلام ٣/ ٦٥، الروض النضير ٤/ ٤٤٧، شرح كتاب النيل ٧/ ١٠٤.

(٣) الروض النضير ٤/ ٤٤٧، المغنى والشرح الكبير ٨/ ٥٨٢.

وأيضا فإن الله تعالى يقول: ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (٣) فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ (المجادلة: ٣، ٤).

ووجه الدلالة أن الله أوجب الكفارة على المظاهر قبل المسيس، ولم يفصل بين أن يكون قد ظاهر من واحدة أو أكثر، بكلمة واحدة أو مع التعدد، فهى على العموم[١].

ومن شبه الظهار بالإيلاء، أوجب فيه كفارة واحدة على المظاهر من أكثر من واحدة بكلمة واحدة لما ورد عن ابن عباس قال: كان عمر بن الخطاب ﷺ يقول: إذا كان تحت الرجل أربع نسوة فظاهر منهن، يجزيه كفارة واحدة.

فإن ظاهر من واحدة بعد أخرى، لزمه فى كل واحدة منهن كفارة[٢]، ولم يثبت من خالفه من الصحابة[٣]، ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فإذا وجدت فى جماعة أوجبت كفارة واحدة، كاليمين بالله تعالى فى الإيلاء[٤]، وكمن حلف لا يكلم جماعة، فإنه لا يلزمه إلا كفارة واحدة[٥].

فلا فرق إذا بين الإيلاء أو الظهار من أكثر من واحدة، فكلاهما قد وقع على متعدد، لا سيما أن الظهار أقرب إلى اليمين من الطلاق، وعليه فإن الظهار بعدد من الزوجات بكلمة واحدة يلزمه كفارة واحدة، فالكفارة الواحدة كافية من حيث إنه بالإيلاء أشبه.

٢- تكرار لفظ الظهار:

هذه المسألة فى حكم من كرر لفظ الظهار على امرأة واحدة ونوى الاستئناف دون التأكيد.

والمراد بالاستئناف أن يحسب عليه الظهار بتعدد مرات اللفظ[٦].

فهل هو ظهار واحد ولا تجب إلا كفارة واحدة أو تتعدد الكفارة بتعدد لفظ الظهار؟.

فمن قال بأنه يغلب فيه جانب الطلاق، قال بتعدد الكفارة إذا تعدد الظهار، سواء كفَّر عن الظهار السابق أو لا، وهذا هو مذهب الحنفية، والمذهب الجديد للشافعية، وجمهور الإمامية[٧].

---

(١) الروض النضير ٤/ ٤٤٧. (٢) المغنى والشرح الكبير ٨/ ٥٨٢.
(٣) المصنف ٦/ ٤٣٨، كتاب الطلاق باب المظاهر من نسائه فى قول واحد، الأثر رقم: ١١٥٦٦.
(٤) المغنى والشرح الكبير ٨/ ٥٨٢، فتح القدير ٣/ ٢٣٣.
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٩٢. (٦) المعجم الوجيز ص ٢٧.
(٧) الاختيار ٣/ ١٦٣، مجمع الأنهر ١/ ٤٤٩، الأم ٥/ ٢٦٤، شرائع الإسلام ٣/ ٦٥.

قال فى مجمع الأنهر: «وإن ظاهر من واحدة مرارًا، فى مجلس أو فى مجالس، فعليه لكل ظهار كفارة وإن لم يتكرر العزم، إلا إذا عنى بما بعد الأولى تأكيدًا، فيصدق قضاء»[١].

ومن قال بأنه يغلب فيه جانب اليمين، قال بلزوم كفارة واحدة إذا لم يكفر عن الظهار السابق، قياسًا على من حلف يمينًا ولم يكفر ثم كرر اليمين، فإنه لا يلزمه إلا كفارة واحدة[٢]، وهذا قول المالكية والشافعية فى القديم، ووافقهم الحنابلة[٣]، ولأن الظهار الثانى ليس له أى أثر فى التحريم، لأن الزوجة قد حرمت بالظهار الأول ولم يرتفع هذا التحريم لعدم الكفارة عنه، وهذا هو الراجح وعليه، فيلزمه كفارة واحدة إذا لم يكفر قبل ذلك، فإن ظاهر ثم كفر ثم ظاهر لزمه كفارة ثانية.

قال السيوطى: «إذا كرر لفظ الظهار فى امرأة واحدة على الاتصال، ونوى الاستئناف، فالجديد يلزمه بكل واحدة كفارة، كالطلاق، والثانى: كفارة واحدة، كاليمين. ولو تفاصلت أى انفصل بعضها عن بعض وتفرقت فى مجلس أو مجالس، وقال: أردت التأكيد، فهل يقبل منه؟ الأصح، لا، تشبيهًا بالطلاق، والثانى: نعم، كاليمين»[٤].

هذا الخلاف يعتبر عند من يقول بأن الطلاق الثلاث فى مجلس واحد يعد ثلاثًا، وهو مذهب الأئمة الأربعة، والزيدية والظاهرية وهو قول أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، أما من يقول: بأن الطلاق الثلاث يعد طلقة واحدة، وهم الإمامية وابن تيمية وابن القيم فإنه يكون الظهار المتكرر فى مجلس واحد يقع ظهارًا واحدًا وتجب كفارة واحدة سواء قلنا بأن الظهار يغلب فيه جانب الطلاق أو جانب اليمين[٥].

٣- الظهار المؤقت[٦]:

فإن ظاهر الرجل من زوجته، وجعل ظهاره مؤقتًا، بأن قال: أنت علىَّ كظهر أمى شهرًا، فهل ينعقد مؤقتًا أو يلغى شرط التأقيت، ويصير مظاهرًا منها أبدًا؟.

١- يرى بعض الفقهاء: أن الظهار يصح أن يكون مؤقتًا بمدة معينة، فإذا قال رجل لزوجته: أنت علىَّ كظهر أمى شهرًا، كان ظهارًا منها فى تلك المدة، فإذا عزم على قربانها فيها وجبت عليه الكفارة، فإذا مضى الوقت ولم يقربها زال الظهار، وحلت المرأة بلا كفارة،

---

(١) مجمع الأنهر ١/ ٤٤٩ مرجع سابق.
(٢) مختصر العلائى ص ٥٢١، ٥٢٢.
(٣) جواهر الإكليل ١/ ٣٧٣، المقنع ٣/ ٢٤٤، المجموع ١٩/ ٧٨.
(٤) الأشباه ص ١٩٣.
(٥) بدائع الصنائع ٣/ ٩٦، بداية المجتهد ٢/ ٦٠، إعانة الطالبين ٤/ ٢٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣/ ٨٦، المحلى / ٧١.
(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٣.

وهذا ما قال به الحنفية، والشافعية فى الأظهر، وهو مذهب الحنابلة فى الأصح، وإليه ذهب الزيدية، وقال به جمع من فقهاء السلف منهم ابن عباس، وعطاء، وقتادة والثورى، وإسحاق، وأبو ثور[(١)].

واستدلوا لذلك بما أخرجه الترمذى بسند حسن فى واقعة سلمان بن صخر، وفيه «تظاهرتُ من امرأتى حتى ينسلخ شهر رمضان، وأخبر النبى ﷺ أنه أصابها فى الشهر، فأمره بالكفارة»[(٢)].

ولو كان الظهار لا يصح إلا إذا كان مؤبدًا، لبين النبى ﷺ هذا الحكم، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فدل ذلك على أنه يصح تأقيت الظهار بمدة معينة.

ولأن الظهار شبيه باليمين من ناحية أن المنع من قربان الزوجة ينتهى بالكفارة فى كل منهما، واليمين يصح فيه التأبيد، والتأقيت، فيكون الظهار مثله فى هذا الحكم[(٣)].

٢- ويرى البعض الآخر: أنه لو ظاهر مؤقتًا، صح الظهار مؤبدًا، ولغى شرط التأقيت، وهذا ما قال به المالكية، وهو قول الشافعية، وإليه ذهب طاوس وابن كيسان[(٤)]، وذلك لأن الظهار يشبه الطلاق من ناحية أن كلاّ منهما يقتضى تحريم الزوجة، والطلاق لا يصح أن يكون مؤقتًا ولو أُقِّت بوقت كان التوقيت لغوًا، ويقع الطلاق مؤبدًا فكذلك الظهار[(٥)].

ولأنه قد وجد سبب الكفارة، فلا ينحل الظهار بغيره[(٦)].

ولكن يرد على هذا الاستدلال بأن الطلاق يفترق عن الظهار من ناحية أن الظهار يوقع تحريمًا يرتفع بالكفارة، أما الطلاق فإنه يزيل الملك، وإذا انتهت عدتها صارت أجنبية عنه لا تحل إلا بعقد جديد، ومهر جديد، وإذا بانت ببينونة صغرى أو كبرى لا يحل له معاشرتها فور طلاقها إلا بعقد فى الصغرى، وحتى تنكح غيره فى الكبرى، كما هو معروف[(٧)].

ولما كان الظهار يغلب فيه جانب اليمين، فإنه يصح تأقيت الظهار لمدة معينة، ويعتد بهذه المدة، قال السيوطى: «لو ظاهر مؤقتًا، فالأصح الصحة كاليمين»[(٨)].

---

(١) بدائع الصنائع ٣/ ٢٣٤، ٢٣٥، الأشباه للسيوطى ص ١٩٣، المغنى والشرح الكبير ٨/ ٥٦٩، شرح الأزهار ٢/ ٤٩٤.

(٢) سنن الترمذى ٣/ ٥٠٣ كتاب الطلاق، باب ما جاء فى كفارة الظهار الحديث رقم ١٢٠٠.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٥١٧.

(٤) جواهر الإكليل ١/ ٣٧١ الأشباه للسيوطى ص ١٩٣، المجموع ١٩/ ٦٨.

(٥) شرح الخرشى على مختصر خليل ٣/ ٢٤٣.

(٦) جواهر الإكليل ١/ ٣٧١.

(٧) المجموع ١٩. ٦٨، المغنى ٨/ ٥٧٠.

(٨) الأشباه ص ١٩٣، وهناك رأى ثالث للشافعية: أن التوقيت فى الظهار يبطله أصلا، لأنه لم يؤبد =

٤- المشاركة فى الظهار:

هذا النوع من الظهار، صورته أن يقول رجل لإحـدى زوجتيه: أنت علىَّ كظهر أمى، ثم يقول لزوجته الثانية: أشركتك معها، وينوى بذلك الظهار، فهل ينعقد الظهار على الثانية أو لا ينعقد؟.

١- قال بعض الفقهاء بوقوع الظهار على الثانية لو قال لها: أشركتك معها، ونوى الظهار وهذا عند المالكية، والأصح للشافـعية، وهو مذهب الحنابلة، والزيدية[١]، وعليه، فـيلزمه لكل واحدة منهن كفارة.

٢- وقال بعضهم: لا يصير مظاهرًا من الثانية، وهو قول مرجوح للشافعية[٢]، وفى ذلك يقول السـيوطى: «لو ظاهر من إحـدى زوجتـيه، ثم قال لـلأخرى: أشركـتك معـها، ونوى الظهار، فقولان:

أحدهما: يصير مظاهرًا منها أيضًا، كما لو طلقها ثم قال للآخرى: أشركتك معها، ونوى الطلاق.

والثانى: لا، كاليمين[٣].

فمن رجح جـانب الطلاق قال بوقوع الظهار على الثـانية، ومن رجح جانب اليـمين قال بعدم الوقوع[٤].

والراجح قول من قال بوقوع الظهار، تغليبًا لجانب الطلاق ولأن المظاهر قد وجدت عنده النية، والأعمـال بالنيات، ولأن إعمال الكلام أولى من إهماله فتـرجح بذلك كله جانب وقوع الظهار على الثانية إذا أشركها معها فى الظهار مع النية وعليه لكل واحدة منهن كفارة.

* * *

= التحريم، فأشبه مـا إذا شبهها بامرأة لا تحرم على التأبيد، ويرد عليه بأن الظهار المـؤقت يفارق التشبيه بمن لا تحرم عليـه على التأبيد لأن تحريمـها غير كـامل، وهذه حرمها فى هذه المـدة تحريمًا مشـبهًا بتحريم ظهر أمه، انظر: المجموع ١٩/ ٦٨.

(١) جواهر الإكليل ١/ ٣٧٣ والأشباه للسيوطى ص ١٩٣، والـمغنى والشرح الكبير ٨/ ٨٣ وشرح الأزهار ٢/ ٤٩٥.

(٢) الأشباه للسيوطى ص ١٩٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) مختصر العلائى ص ٥٢٢.

القاعدة العاشرة: «الزائل العائد، هل هو كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد؟»

هذه القاعدة لها اتصال بالسفر الذى جعله الشارع سببًا من أسباب التخفيف فى بعض الأحكام كالقصر والجمع والفطر، لأن السفر مظنة وجود المشقة التى اعتبرها الشارع موضعًا للتخفيف[١].

ومن ثم فإن الفقهاء جعلوا السفر من أسباب التخفيف فى الواجبات الدينية بمجرد حدوثه بنفسه مطلقًا من غير نظر إلى المشقة أو عدمها، فلذا تظل هذه التخفيفات قائمة فى عصرنا الحاضر بالرغم من قطع المسافة المذكورة بساعات معدودة بوسائل النقل والمواصلات الحديثة.

جاء فى شرح المحلى على المنهاج: والبر كالبحر فى المسافة المذكورة، فلو قطع الأميال فيه فى ساعة أو لحظة لشدة جرى السفينة بالهواء قصر[٢].

وجاء فى المغنى: وإذا كان فى سفينة فى البحر فهو كالبر، إن كانت مسافة سفره تبلغ مسافة القصر أبيح وإلا فلا، سواء أقطعها فى زمن طويل أم قصير اعتبارًا بالمسافة[٣].

فإذا سافر إنسان سفر قصر، وفاتته صلاة فى السفر، ثم سافر مرة ثانية، فهل له أن يقصر الصلاة التى فاتته فى السفر الأول فى سفره الثانى، لأن الزائل العائد كالذى لم يزل، أو يلزمه الإتمام، لأن الزائل العائد كالذى لم يعد؟.

١- يرى الحنفية، وبعض الإمامية، والشافعية والحنابلة فى أحد القولين[٤]، أن الزائل العائد يعتبر كأنه لم يزل، لأن الإعادة استدامة للزائل، فيعطى العائد حكم الزائل، ويصير كالذى لم يزُلْ أصلاً، طالما أنه عاد إلى ما كان عليه[٥].

٢- ويرى المالكية، وبعض الإمامية، والشافعية والحنابلة فى أحد القولين لهم أن الزائل العائد يعتبر كأنه لم يعد لأن العائد غير الزائل فلم تتناوله الإعادة لزوال اسمه.

والذى يظهر أن الزائل العائد سواء عاد بأصل الخلقة أو بصنع آدمى يكون كالذى لم يزل،

---

(١) راجع الرخص وضوابط الترخص فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد حسنى سليم ص ١١٩.

(٢) المحلى على المنهاج ١/ ٢٥٩. (٣) المغنى لابن قدامة ٢/ ٢٥٨.

(٤) الأشباه لابن نجيم ص ٣٨١، شرائع الإسلام ١/ ١٣٦، ٤/ ٢٧٢. ٢٧٣، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٤ القواعد لابن رجب ص ٣١٢.

(٥) مختصر العلائى ص ٤٦٠.

فيأخذ الثانى حكم الأول قياسًا عليه، فمثلاً المسافر الذى يعود ثم يسافر، فالسفر الثانى يأخذ حكم السفر الأول فى جواز قصر الصلاة، فإن سبب وجود الترخيص قائم وهو السفر، والرخصة تستباح فى كل منهما دون تفرقة بين سفر وسفر وذلك بأن يصلى ركعتين بدلاً من أربع ركعات فى الصلوات المفروضة دون النوافل.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع كثيرة وهى منتشرة فى معظم أبواب الفقه، وهى بمثابة تطبيقات لها ودليل عليها وأهم هذه الفروع ما يلى:

١ - الصلاة الفائتة فى السفر كيف تقضى؟:

إذا فاتت المسافر صلاة فى السفر مقصورة ثم قضاها فى سفر آخر فهل يصليها تامة أو مقصورة؟:

١- ذهب الشافعية فى الأصح والحنابلة وبعض الإمامية والظاهرية[(١)] إلى أنه يصليها مقصورة، إذ العبرة كما يقول الظاهرية بحال المصلى أثناء فعله الصلاة، فإن كان مسافرًا صلاها قصرًا حتى ولو كانت قضاء لصلاة فى الحضر، وإن كان فى الحضر صلاها أربعًا حتى ولو كانت قضاء لصلاة فى السفر، وذلك بناء على أن الزائل العائد كالذى لم يزل، ثم إنه شرع له أداؤها مقصورة، فكان قضاؤها عليه مقصورة أيضًا، لأن القضاء بدل الأداء، لا سيما أنه قضاها أيضًا فى سفر[(٢)].

٢- وقال الشافعية فى مقابل الأصح، وبعض الحنابلة وبعض الإمامية: إنه لو فات المسافر صلاة رباعية، فقضاها فى سفر آخر، فإنه يقضيها تامة، وذلك بناء على أن الزائل العائد كالذى لم يعد، وبأنها صلاة مقصورة، فكان أداؤها فى الوقت المحدد لها شرطًا لصحة قصرها.

فإذا فات وقتها، وجب قضاؤها تامة، وذلك قياسًا على صلاة الجمعة لو فات وقتها وجب أداؤها أربع ركعات[(٣)].

والراجح أنه يؤديها مقصورة فى الأصح لأن قياسهم على الجمعة قياس مع الفارق، فالجمعة إذا فاتت لا يصح قضاؤها أصلاً، بل وجب عليه أن يصلى أربع ركعات بنية الظهر لا الجمعة ثم إن الجمعة من شروط صحتها خطبتين قبلها فكان اشتراط الوقت لها مقبولاً بخلاف

(١) المجموع ٤/ ٢٤٥، روضة المحتاجين، المغنى لابن قدامة والشرح ٢/ ١٧ شرائع الإسلام ١/ ١٣٦ المحلى ٥/ ٣١.

(٢) المغنى لابن قدامة والشرح ٢/ ١٢٧.

(٣) المغنى لابن قدامة والشرح ٢/ ١٢٧.

صلاة السفر فإن اشتراط أدائها فى الوقت لصحة قصرها لا دليل عليها، فرجح الأول على الثانى بناء على أن الزائل العائد كالذى لم يزل.

٢- تعجيل الزكاة:

يجوز تعجيل الزكاة قبل مرور الحول إذا كمل النصاب؛ لما روى أحمد وأبو داود: «أن العباس سأل النبى ﷺ فى تعجيل صدقته قبل أن تحل، فرخص له فى ذلك»(١) فلو ملك النصاب فيجوز تعجيل زكاة الماشية، والنقدين، وعروض التجارة، ويجوز تعجيل زكاة الزروع والثمار قبل وجوبها، إذا كان قد طلع الثمر قبل بدو صلاحه، ونبت الزرع قبل اشتداد حبه، فإذا اشتد الحب، وبدا صلاح الثمر وجبت الزكاة(٢).

فلو عجل إخراج الزكاة قبل وقت وجوبها، فأعطاها لفقير مسلم أثناء الحول ثم اغتنى الفقير ثم عاد فقيراً عند الحول، فهل تسقط الزكاة عنه، لأن الزائل العائد كالذى لم يزل، أو لا تسقط الزكاة إذا دفعها معجلة، لأن الزائل العائد كالذى لم يعد؟.

١- يرى جمهور العلماء: الحنفية والشافعية والحنابلة(٣) جواز تعجيل الزكاة، وذلك بإخراجها قبل مرور الحول، لأن الآخذ للزكاة كان مستحقّاً وقت إعطائه الزكاة، فصح إعطاؤه، ولا يضر الدافع ما يعرض للآخذ من موانع(٤)، ولأنه حق مال أجل للرفق، فجاز تعجيله كالدين يتعجله قبل أجله فيبرأ منه، ولأنه كان أهلاً للأخذ وقت الأداء ووقت الوجوب، فاكتفى بذلك(٥).

٢- ومقابل الأصح فى المذهب الشافعى: لا يجوز تعجيل الزكاة قبل مرور الحول، مخافة أن يتلف المال أو يخرج المستحق عن الاستحقاق.

وخروجًا من الخلاف، فلو خرج المعجل له عن الاستحقاق ثم عاد مستحقّاً عند رأس الحول، لا تسقط الزكاة عن الدافع، وإذن فمقابل الأصح لا تجزئ(٦)، وعللوا عدم الإجزاء بما تقدم ولأن الزائل العائد كالذى لم يعد.

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن والحاكم والدارقطنى والبيهقى من حديث الحجاج بن دينار، ورجاله ثقات إلا أن به انقطاعًا، يراجع التلخيص الحبير ٢/ ١٦٢.

(٢) حاشية النجدى على الروض المربع شرح زاد المستقنع ٣/ ٣٠٤ وما بعدها.

(٣) البحر الرائق ٢/ ٢٤٢ المجموع ٦/ ١٢٤، ١٢٥ المغنى والشرح ٢/ ٥٠٣.

(٤) البحر الرائق ٢/ ٣٤٢.

(٥) المغنى والشرح الكبير ٢/ ٥٠٤ مغنى المحتاج ١/ ٤١٧.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٤.

كما احتـجوا أيضًا بالقياس على عـدم الاستحقاق عند الأخذ وعند آخـر الحول، بجامع عدم الاستحقاق فى كل[١].

وهذا القياس لا يجوز لأنه قياس مع الفارق، إذ كيف يقاس من كان مستحقًا وقت الأداء، ووقت الوجوب على من لم يكن مستحقًا أصلاً، لا وقت الدفع ولا وقت الوجوب؟!.

وعليه، فإن الآخـذ للزكاة المعجلة إذا كـان أهلاً للاستحقاق عـند رأس الحول صح إخراج الزكاة وبرئت ذمة الدافع للزكاة قبل مرور الحول، ولا يضر الدافع ما يعرض للآخذ من موانع.

هذا وقد أجـاز المالكيـة تقديم إخـراج الزكاة بيـوم أو يومين، وقال الظاهـرية: لا يجوز تعجيل الزكاة قبل مرور الحول، ولا بطرفة عين[٢].

٣- انهدام العين المستأجرة:

إذا انهدمت الدار المستأجرة، فأعاد المـالك بناءها كلها، أو أعاد بناء ما تهدم منها، فهل يثبت للمستأجر أن يفسخ العقد بناء على أن الزائل العائد كالذى لم يعد، أو لا يحق له ذلك، فيسقط حقه فى فـسخ العقد بناء على أن الزائل العائد كالذى لم يزل؟ أى أن الدار التى هدمت وأعيد بناؤها تكون كالتى لم تهدم.

١- قال بعض الفقهـاء: ليس للمستأجر خيار الفسخ طالمـا أن الدار قد أعيد بناؤها وهذا مذهب الحنفية وأحد القولين عند الشافعية والحنابلة[٣].

وثبوت الخيـار عند الحنابلة مقيد بمـا إذا أعيد بناء الدار المستـأجرة بهيأتهـا القديمة التى كانت عليها.

وبنفس الآلات من طوب وأبواب وخشب، فإن كـان الأمر كذلك، فلا خيار للمـستأجر، وأما إذا أعيد بناؤها على غير هيأتها القديمة، ثبت له خيار العيب[٤].

٢- وقال بعضهم: إن عـقد الإجارة ينفسخ بانهدام الدار، حتى ولو أعـيد بناؤها، ونصوا على ذلك فقـالوا: إذا آجره الدار، فانهـدم جدارها، فأعـيد بناؤ ه، فصـرح القاضى بأن هذا المجدد لم يقع عليه العقد... وفرع عليه أنه لا يجبر على تجديد العقد[٥].

وهذا مبناه عـلى الاختلاف فى طبـيعة الزائـل الذى عاد، هل يحكم بأنه كـالذى لم يعد فيثـبت للمستأجر الحق فى فـسخ العقد كالذى لم يزل، وأن الدار التى زالت بالهـدم كأنها لم تهدم فيسقط خيار الفسخ.

---

(١) مغنى المحتاج ١/ ٤١٦، ٤١٧. (٢) حاشية الدسوقى ١/ ٥٠٣ المحلى ٥/ ٣٨٨.
(٣) الاختيار ٢/ ٦١، المجموع ١٥/ ٣٢٦ قواعد ابن رجب ص ٣١٤.
(٤) القواعد لابن رجب ص ٣١٤. (٥) المرجع السابق نفسه.

والذى نرجحه أنه يجوز للمستأجر فسخ العقد إذا انهدمت الدار، ومضت مدة يتضرر بها المستأجر دون إعادة بنائها، أما إذا لم يفسخ حتى أعيد البناء، سقط خياره طالما كانت على هيأتها القديمة، وهذا ما قاله بعض الحنابلة(١).

٤- عودة ما زال من الحواس:

الحاسة: القوة الحساسة، يقال: حسَّ وأحس أى علم وأيقن، والحواس: هى السمع والبصر والشم والذوق، واللمس... فإذا جنى شخص على إنسان فذهب سمعه أو بصره أو كلامه، وجبت الدية كاملة فى كل حاسة، لأنه سلبه أعظم منافع هذه الحواس.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن فى السمع الدية بذهابه، وفى البصر الدية بذهاب العينين(٢).

فإذا ضرب شخص رجلاً على رأسه، فادعى أنه ذهب بصره أو سمعه أو أخرس لسانه، فإنه يعرض على أهل الخبرة والمعرفة بالطب فإن قالوا: لا تعود منفعة هذه الحواس، وجبت الدية كاملة فى كل منفعة من تلك المنافع المذكورة.

فإذا عاد سمعه أو بصره بعد ذهابه، فهل يسقط ما وجب من الدية أو القصاص بناء على أن الزائل العائد كالذى لم يزل، أو لا يسقط لأن الزائل العائد كالذى لم يعد؟.

١- قال جمهور الفقهاء: بعدم وجوب القصاص أو الدية لو عاد إلى المجنى عليه ما قد زال ولم يكن نفذت العقوبة عليه.

وقد صرح الإمامية بتعطيل القصاص عن الجانى حتى تفوت المدة التى يتوقع فيها عودة المجنى عليه إلى حالته الأولى من عدمه، فإن عاد إلى حالته الأولى، فلا شىء على الجانى، لأن الزائل العائد كالذى لم يزل، وبه قال الإمامية وهو الأصح عند الشافعية والحنابلة(٣).

٢- وقال الشافعية فى مقابل الأصح والحنابلة فى قول مرجوح عندهم: تجب الدية أو القصاص، ولو عادت منفعة العضو التى زالت، لأن الزائل العائد كالذى لم يعد، فإذا زال ضوء عينه أو كلامه أو سمعه أو ذوقه أو شمه ثم عاد، لم يسقط القصاص أو الضمان، فيجب على الجانى القصاص أو الدية.

والراجح الأول، وعليه: فإذا عاد المجنى عليه إلى حالته الأولى فلا قصاص ولا دية،

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٣١٤.

(٢) حاشية النجدى على شرح الروض المربع / ٢٦١ وما بعدها.

(٣) مجمع الأنهر ٢. ٦٢٥ الأشباه والنظائر ص ١٩٤ القواعد لابن رجب ص ٣١٣.

وإنما يعزره ولى الأمر بما يراه محققًا للمصلحة، حتى ولو عفى المجنى عليه[١] فإن للحاكم حقًا، وللمجتمع حقًا على الإمام أن يقدره.

ومن الأحوط أن ينتظر مدة يتوقع فيها عودة المجنى عليه سليمًا إذا أفتى المختصون من أهل الخبرة بذلك، فإن مضت، ولم يعد الزائل من سمع أو بصر، وجب القصاص أو الدية، فإن وقع القصاص، وأخذت الدية ثم عاد المجنى عليه سليمًا وجب عليه رد ما أخذه من الدية لأن الزائل العائد كالذى لم يزل، وبهذا قال الإمام النووى[٢].

* * *

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ٤٣٩.

(٢) المجموع ٢٠. ٤٩٢.

القاعدة الحادية عشرة: «هل العبرة بالحال، أو بالمآل»[١]

والمقصود بالحال أى حالة إنشاء التصرف، والمقصود بالمآل أى المستقبل حالة تنفيذ التصرف.

وقد عبر بعض الفقهاء عن هذه القاعدة بقوله:

«ما قارب الشىء فهل نعطيه حكمه؟».

وربعضهم قال: «المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟» أو «المتوقع هل يجعل كالواقع؟» أى: ما يتوقع حدوثه فى المستقبل هل يأخذ حكم ما وقع الآن؟

وقال بعضهم: هل ينزل الاكتساب منزلة المال الحاضر؟ أى من كان قادرًا على الكسب فى المستقبل، هل يأخذ حكم من معه مال الآن؟ مثل الفقير إذا كان قادرًا على الكسب، أو مثل الغارم إذا قدر على الكسب هل يعطى هذا وذاك حكم الغنى، فلا يستحق الزكاة؟

هذه القاعدة ذكرها أكثر الفقهاء فى معظم أبواب الفقه أثناء تعليلهم الأحكام، واختلف الحكم بناء على هذه القاعدة، فبعضهم يرى أن العبرة بالحال لا بالمآل، وهؤلاء هم الحنفية والظاهرية، وصرح به الشافعية والحنابلة فى أحد القولين[٢].

وإنما كان الحكم بناء على الحال دون المآل، لأن إنشاء التصرف هو الذى قد نشأ عنه الحكم المتعلق بمن أنشأ هذا التصرف، ووقت الإنشاء كان فى الحال، فتكون العبرة بالحال لا بالمآل[٣].

فمثلاً لو قتل كافر كافرًا، ثم أسلم القاتل، فإن العبرة تكون بحال وقوع القتل، فيقتص من الكافر الذى قتل، لأن القتل هو الذى أوجب القصاص، والقتل كان فى الحال لا فى المآل، فلا يعتد بإسلامه فى المآل منعًا من وجوب القصاص[٤] بل يقتل به وإن تغير حاله فى المآل، حيث أصبح مسلمًا.

وقال بعض الحنفية والمالكية والإمامية والزيدية والقول الثانى للشافعية والحنابلة: إن العبرة بالمآل أى بما يؤول إليه الشىء فى المستقبل فيسند الحكم إليه لا إلى الحال.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٦.

(٢) الاختيار ٢/ ٩٩ الأشباه للسيوطى ص ١٩٦ القواعد لابن رجب ص ٧.

(٣) المغنى والشرح الكبير ٩/ ٣٤٢.

(٤) المرجع السابق، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٥٨، ٢٥٩.

قال ابن رجب: «من عـجل عبادة قبل وقت الوجـوب، ثم جاء وقت الوجوب وقد تـغير الحال بحيث لو فُعِلَ المُعَجَّلُ فى وقت الوجوب لم يجزئه، فهل تجزئه أو لا؟»[١].

قال أصحاب هذا الرأى: إن العبرة بالمآل بحسب ما يطرأ فى المستقبل، لأن ما حدث فى المستقبل لو كان موجودًا فى الحال لأثر فى الحكم فيعتد بالمآل ويعطى حكم الحال[٢].

فمثلاً لو عـجل الزكاة، فدفعها إلى فقـير، ثم اغتنى الفقير قـبل مرور الحول، لا تسقط الزكاة عند الدافـع، لأن غناه لو كان موجـودًا حال الدفع لاعتـد به واعتبـر، ومنع من إعطائه الزكاة[٣].

فإذا تغير الحال فى المـستقبل أثر على الحكم وقت تنفيذه فيتـغير الحكم ويكون بحسب المآل، وعليه فلا تسقط الزكاة، وإذا تتبـعنا فروع هذه القاعدة نجد أن الحكم يختلف من فرع إلى فرع آخر فكل فرع يترجح فيه الرأى الذى يتناسب معه ولا يطلق الترجيح إطلاقًا مضطردًا.

ولهذا قال السيوطى وغيره: «هل العبرة بالحال أو بالمآل؟ فيه خلاف، والترجيح مختلف فيه بين الفقهاء».

وهذه القاعدة تشبه القاعدة المتقدمة وهى قاعدة: «الزائل العائد، هل هو كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد، وقد جاءت الفروع المندرجة تحت كل منهما متشابهة ومع هذا فقد وجدت فروق بين فروع القـاعدتين، وهذه الفروق تظهر فيمـا لو عجل الزكاة لفقير، فـهو فى قاعدة: «الزائل العائد» قد اسـتغنى، ثم عاد فقيـرًا مرة أخرى ثم صار غنيّـا عند رأس الحول، أما فى قاعدة: «هل العبرة بالحال أو بالمآل؟» فهو قد استغنى وظل غنيًا حتى اكتمل الحول[٤].

فروع القاعدة:

١ - دفع الزكاة للغارم القادر على الكسب:

الزكاة عـبادة مـالية، عنى بهـا الإسلام، وهى أن يمـد الغنى يده إلى الفقـير، بمـا يسد حاجتـه، وإلى المصالح العامة بمـا يحققها، وهى واجبـة على الغنى فيما يفضل عن حـاجته وحاجة مـن ينفق عليهم، من ماله النقدى، وقـيم أعيانه التـجارية، ومواشيه، وثـمار زرعه، بنسب معـروفة بيَّنها الفقـهاء، وهى فى مجمـوعها تسد حاجـة الفقير والمـصالح، ولا ترهق أربابها[٥].

(١) القواعد لابن رجب ص ٧.
(٢) المغنى والشرح ٩/ ٣٤٢.
(٣) البحر الرائق ٢/ ٢٤٢، المجموع ٦/ ١٢٤، ١٢٥.
(٤) الاشباه والنظار للسيوطى ص ١٩٦.
(٥) الإسلام عقيدة وشريعة للشيخ شلتوت ص ١٠٤.

والغارم نوعان: الأول: غارم لإصلاح ذات البين، بأن يستدين مالاً ليصرفه فى الصلح بين قبيلتين أو طائفتين أو عائلتين بينهما عداوة حتى تسكن العدواة وتزول الفتنة، ويستتب الأمن، وسمى غارمًا لأن الدين قد لزمه لغيره، وأصل الغرم فى اللغة: اللزوم، يقال: غرم غرمًا وغرامة أى: لزمه شيء غير ما يجب عليه، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾[1] (الفرقان: ٦٥) والنوع الثانى: غارم لمصلحة نفسه كأن يستدين فى نفقة أو كسوة أو زواج أو علاج ونحو ذلك.

فمن غرم من ذوى المروءة لإصلاح ذات البيت فإنه يعطى من مال الزكاة ما يسد به دينه وإن كان غنيًا، حملاً على هذه المكرمة لئلا يجحف ذلك بسادات القوم المصلحين أو يوهن عزائمهم وهذا لا خلاف فيه[2]، وإنما الخلاف فيمن استدان لمصلحة نفسه وكان قادرًا على الكسب هل يعطى من الزكاة، لأنه لا يملك مالاً فى الحال، أو لا يعطى، لأنه قد يملك المال فى المآل؟.

١- ذهب بعض الفقهاء إلى القول بجواز إعطاء الغارم لمصلحة نفسه، ولو كان قادرًا على الكسب وهو مذهب الحنفية والمشهور عند المالكية، والأصح عند الشافعية والحنابلة والظاهرية[3].

واستدلوا لذلك أن المدين لمصلحة نفسه إن لم يعط لسداد دينه لربما عرض له ما يمنعه من القدرة على التكسب ولأن الدين قد وجب سداده فى الحال، وربما لا يوافق صاحب المال على تأخير السداد.

فإذا عجز عن أداء الدين كله أو بعضه مع الدلائل على تصميمه على الوفاء، فإن فى مال الزكاة ما يعينه على إنقاذ نفسه من وطأة الدين الذى يقصم الظهور ويذل أعناق الرجال.

ولهذا قيل: «الدين همّ بالليل ومذلة بالنهار» وكان النبى ﷺ يستعيذ بالله منه ويقول: «اللهم إنى أعوذ بك من غلبة الدين وغلبة العدو وشماتة الأعداء»[4].

٢- وقال بعضهم: إنه لا يجوز إعطاء الغارم لمصلحة نفسه من زكاة المال، طالما أنه قادر على الكسب، وإغناء نفسه بكسبه وعمله، وهو مذهب الشافعية والحنابلة فى الوجه الآخر، وهو مذهب الزيدية[5].

---

(١) سورة الفرقان الآية ٦٥ المعجم الوجيز ص ٢٩٠.

(٢) البحر الرائق ٢/ ٢٦٠ مجمع الأنهر ١/ ٢٢١ حاشية الدسوقى ١/ ٤٩٤ القواعد لابن رجب ص ٢٩٧.

(٣) المراجع السابقة، والمحلى لابن حزم ٥/ ٤٤٦.

(٤) قال الحافظ فى بلوغ المرام ص ٣١٣: رواه النسائى وصححه الحاكم عن عبد الله بن عمر مرفوعًا، انظر: فقه الزكاة للقرضاوى ٢/ ٦٢٧.

(٥) المجموع ٦/ ١٩٣ القواعد لابن رجب ص ٢٩٧ شرح الأزهار ١/ ٥١٤.

لأن الواجب على كل قادر أن يعمل، وبذلك يكفى نفسه بنفسه، ولا يمد يده ما دام قادرًا على العمل، وفى الحديث الصحيح: «ما أكل أحد طعامًا قط خيرًا من أن يأكل من عمل يده»(١) ولا يجوز لمن وجد عملاً يكفيه وهو يقدر عليه أن يدعه، ليأخذ من الصدقات أو يسأل الناس(٢).

ومن أجل ذلك قال رسول الله ﷺ: «لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى»(٣).

والمرة: القوة والشدة، والسوى: المستوى الأعضاء.

والمراد بالاكتساب: اكتساب قدر الكفاية، وإلا كان من أهل الاستحقاق للزكاة.

قال النووى: المعتبر: كسب يليق بحاله ومروءته، وأما ما لا يليق به فهو كالمعدوم(٤).

وخلاصة القول: أن القادر على الكسب الذى يحرم عليه الزكاة هو الذى تتوافر فيه الشروط الآتية:

١- أن يجد العمل الذى يكتسب منه.

٢- أن يكون هذا العمل حلالاً شرعًا، فإن العمل المحظور فى الشرع بمنزلة المعدوم.

٣- أن يقدر عليه من غير مشقة شديدة فوق المحتمل عادة.

٤- أن يكون ملائمًا لمثله، ولائقًا بحاله ومركزه ومروءته ومنزلته الاجتماعية.

٥- أن يكتسب منه قدر ما تتم به كفايته وكفاية من يعولهم وينفق عليهم(٥).

فإن كان القادر على الكسب لا يجد بابًا حلالاً لكسب يليق بمثله أو وجد ولكن كان دخله من كسبه لا يكفيه وعائلته، أو يكفيه بعض الكفاية دون تمامها فقد حل له الأخذ من الزكاة، ولا حرج عليه، ومن باب أولى من كان قادرًا على الكسب فى المستقبل وعليه دين فمن حقه أن يعان من مال الزكاة بما يكفى لوفاء دينه فى الحال، ولا ينظر إلى المآل خاصة إذا كان كسبه فى المستقبل غير متيقن(٦).

٢- بيع ما لا ينتفع به فى الحال:

اشتراط الفقهاء أن يكون المعقود عليه منتفعًا به، وأن تكون المنفعة مباحة سواء كان العقد واردًا على العين والمنفعة أو المنفعة دون العين فخرج ما لا نفع فيه كالحشرات، وما فيه

---

(١) رواه البخارى وغيره (الترغيب والترهيب) للمنذرى الجزء الثانى أول كتاب البيوع.
(٢) فقه الزكاة ٢/ ٥٥٧.
(٣) رواه الخمسة وحسنه الترمذى.
(٤) المجموع ٦/ ١٩٠.
(٥) فقه الزكاة للقرضاوى ٢/ ٥٦٠.
(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٦.

منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب لأنه إنما يقتنى لصيد، أو لحرث، أو ماشية أو للتعرف على المشتبه فيهم فى جرائم القتل والسرقة وهو المعروف بالكلب البوليسى، وخرج ما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة.

فإذا كان المعقود عليه لا ينتفع به فى الحال كدود القز، فإنه حيوان طاهر، يقتنى لما يخرج منه من الحرير الذى هو أفخر الملابس، ومثل ولد الدود، فإنه ينتفع به فى المآل، ويحصل منه الدود الذى يستخرج منه الحرير[١].

وكذلك مثل: الجحش الصغير الذى لا ينتفع به حالة كونه صغيرًا وإنما ينتفع به فى المآل.

وقد اتفق الفقهاء[٢] على جواز بيع ما لم يكن منتفعًا به فى الحال لكونه ينتفع به فى المآل.

وما يقال فى ذلك يقال فى جواز التيمم لمن كان معه ماء يحتاج إلى شربه فى المآل لا فى الحال.

وكذلك تجوز المساقاة على ما لا يثمر من الأشجار إلا بعد سنة أو أكثر وقالوا فى جواز مثل هذه العقود بأن العبرة بالمآل، وكذلك يجوز بيع الفيل وسباع البهائم التى تصلح للصيد بشرط أن تكون معلمة، أو تقبل التعليم[٣].

٣- منع المدين من السفر:

إذا كان الشخص مدينًا، وأراد السفر لمدة معلومة وكان وقت سداد الدين سيحل قبل عودته، فهل يجوز للدائن منع المدين من السفر، لأن العبرة بالمآل، أو لا يجوز له منعه، لأن الدين مؤجل والعبرة بالحال؟.

فى هذه المسألة رأيان:

أحدهما: أنه لا يجوز للدائن أن يمنع المدين من السفر، إذا كان الدين مؤجلاً، وهو الأصح عند الشافعية وبه قال الحنفية، حتى ولو كان الدين حالاً[٤].

فالحنفية يرون عدم جواز منع سفر المدين مطلقًا، لأن الدين ليس بلازم فى الحال، إذ لا

---

(١) حاشية النجدى على شرح الروض المربع ٤/ ٣٣٤، ٣٣٥.

(٢) مجمع الأنهر ٢/ ١٧، جواهر الإكليل ٢/ ٤ الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٦ المقنع ١/ ٦٨ البحر الزخار ١/ ١١٥.

(٣) حاشية الروض المربع ٤/ ٣٣٥.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٦ الاختيار ٢/ ٩٩.

مطالبة به عند السفر ومن ثم فلا يجوز منعه لأن العبرة بالحال لا بالمآل(١)، ولأن الدائن هو المقصر فى عدم أخذه رهنًا أو كفيلاً من المدين فيتحمل تبعة تقصيره، بل ولا يُلْزِمُه بتقديم رهن أو كفيل(٢).

وثانيهما: أنه يجوز للدائن أن يمنع المدين من السفر إذا كان الدين سيحل وقت سداده قبل رجوعه إلا إذا أتى بضامن أو وكيل أو قدم رهنًا.

وقد أجاز بعض الفقهاء منع المدين من السفر حتى ولو كان سيرجع قبل حلول وقت الدين، وذلك إذا كان المدين سيسافر للجهاد، وعللوا ذلك بأن الجهاد فيه مخاطرة، وتعرض لذهاب النفس، فيضيع الحق، وحينئذ فيمنع من السفر ما لم يقدم رهنًا أو ضامنًا وهذا ما قال به المالكية والحنابلة ومقابل الأصح عند الشافعية(٣).

واستندوا فى ذلك على أن العبرة بالمآل لا بالحال وأن سفر المدين قبل وقت حلول أجل الدين يترتب عليه إلحاق الضرر فى تأخير حق الدائن، فيمنع من السفر قياسًا على منعه بعد حلول الحق(٤).

فوجب استئذانه، أو تقديم ضامن، أو رهن، حفظًا لحق الدائن من التلف والضياع(٥).

ولأن المدين لا يملك تأخير الدين عند وقت حلوله، فمنع من السفر، قياسًا على وجوب الحجر على المدين عند حلول الأجل(٦)، حتى لا تضيع الحقوق على أصحابها، وعليه فيمنع المدين من السفر إلا إذا قدم الضمانات اللازمة لحفظ الأموال من الضياع، أو يأذن له الدائن إن رأى ذلك، لأنه صاحب الحق ويملك التصرف فيه بما يرى فيه المصلحة.

٤ - الوقت المعتبر فى استحقاق ثلث الوصية:

الوصية جمع وصايا، وهى الأمر بالتصرف بعد الموت، يقال: وصى توصية، وأوصى إيصاء، والاسم الوصية مأخوذ من وصيت الشيء بالشيء: إذا وصلته به، فالموصى وصل ما كان له فى حياته بما بعد مماته.

والوصية اصطلاحًا: هى الأمر بالتصرف بعد الموت كأن يوصى إلى إنسان بتزويج بناته، أو غسله والصلاة عليه، وتفرقة ثلث ماله، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به، وهذا التصرف عند أهل العلم من العقود الجائزة.

---

(١) الأشباه للسيوطى ص ١٩٦.
(٢) مغنى المحتاج ٢/ ١٥٧.
(٣) المغنى والشرح الكبير ٤/ ٤٥٧، جواهر الإكليل ٢/ ٨٧، الأشباه والنظار للسيوطى ص ١٩٦.
(٤) المغنى والشرح الكبير ٤/ ٤٥٧، ٤٥٨.
(٥) المرجع السابق.
(٦) المرجع السابق.

والأصل فى الوصية الكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ١٨٠).

وقال ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى به، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»(١).

والإذن من الشارع بالتصرف عند الموت بثلث المال، من الألطاف الإلهية، والتكثير من الأعمال الصالحة.

وفى الخبر: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم، عند وفاتكم، زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم»(٢) وأجمعوا على جوازها.

* * *

(١) رواه الجماعة يراجع: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكانى ٦/ ٣٨.

(٢) رواه الدارقطنى من حديث أبى الدرداء ورواه أحمد وأخرجه البيهقى وابن ماجه والبزار من حديث أبى هريرة بلفظ: «إن الله تصدق عليكم عند موتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم» قال الحافظ: إسناده ضعيف، يراجع: نيل الأوطار ٦/ ٤٣، ٤٤.

القاعدة الثانية عشرة: «الحمل هل يعطى حكم المعلوم أو المجهول؟»

معلوم أن الشارع قد نهى عن بيع الغرر، والغرر ما طوى علمه، وخفى باطنه، أو ما كان مترددًا بين الحصول والعدم، فكل بيع كان المقصود منه مجهولاً، أو معجوزًا عنه، غير مقدور عليه فهو غرر كبيع الطير فى الهواء، والسمك فى الماء.

وأجمع الفقهاء على النهى عنه، لأنه إن قدر عليه كان المشترى قد قمر البائع، حيث أخذ ماله بدون قيمة، وإن لم يقدر عليه، كان البائع قد قمر المشترى، وفى كل منهما أكل مال بالباطل، فهو قمار[١].

والخلاف بين الفقهاء فى حال ما إذا كان العقد واردًا على عين مالية هل يشترط أن يكون المحل موجودًا؟.

فالحنفية: اشترطوا ذلك فى جميع العقود دون تفرقة بين عقود المعاوضات والتبرعات، فلم يصححوا بيع المعدوم من الأعيان المالية ولا هبته، ولا رهنه، كما لم يصححوا بيع الذى لا يتعين وجوده كاللبن فى الضرع، والحمل فى بطن أمه[٢]، لاحتمال أن يكون انتفاخًا، أو أن يولد الحمل ميتًا ونظرًا لأن الحمل متردد بين الثبوت والعدم فقد اختلف فيه الفقهاء فقالوا: هل يعطى حكم المجهول أو المعلوم؟.

١- قال الحنفية وجمهور المالكية، والشافعية والحنابلة فى أحد القولين: إن الحمل يعطى حكم المجهول، ولا يصح إيراد العقد عليه، قياسًا على المعدوم ولأنه جزء من أجزاء أمه، لا يستطيع أن يعيش حياة مستقلة، ومن ثم فلا ينفرد بحكم، بل يعطى حكم المجهول[٣].

واستدلوا لذلك بما أخرجه الإمام أحمد عن أبى سعيد الخدرى ﷺ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما فى بطون الأنعام حتى تضع»[٤].

وقد ضعف البيهقى وغيره هذا الحديث، لكنهم قالوا: وهذه المناهى وإن كانت فى الحديث بإسناد غير قوى، فهى داخلة فى بيع الغرر الذى نهى عنه فى صحيح مسلم عن

---

(١) حاشية الروض المربع ٤/ ٣٤٩ للنجدى.
(٢) الشريعة الإسلامية للدكتور بدران أبى العينين ص ٤٠٤.
(٣) القواعد فى الفقه الإسلامى لابن رجب ص ١٨٦.
(٤) مسند أحمد ٣/ ٤٢.

أبى هريرة ﷺ[1]، وللنهى عن بيع حبل الحبلة، وبيع المضامين، والملاقيح، وبيع ما فى بطن الناقة ـ للجهالة ولكونه معدومًا وغير مقدور على تسليمه.

٢- وقال بعض المالكية والشافعية فى أحد القولين والحنابلة فى القول الصحيح عندهم: إن الحمل يعطى حكم المعلوم، وذلك لأن الحمل موجود بالفعل، والجهل به لا يؤثر، لأنه لا تمكن رؤيته فعفى عن الجهل به كأساس الدار[2].

وقالوا أيضًا: إن خروجه إلى الحياة من بطن أمه أمر مظنون، فيجوز إيراد العقد عليه ويعطى حكم المعلوم، قياسًا على الثمر الذى لم يؤبر، فإنه يجوز بيعه[3].

وهذا غير مسلم به لهم، لأنه يمكن الانتظار إلى حين زوال هذا الجهل والانتقال منه إلى اليقين، بخلاف أساس الدار فإنه يصعب العلم به، إذ رؤيته يترتب عليها انهدام الدار، فضلاً عن أنه يمكن للبائع أن يصفه وصفًا حقيقيًا ينفى الجهالة أو يأتى بشهود كانوا موجودين أثناء وضع الأساس.

ثم إن قولهم: إنه مظنون فيعطى حكم المعلوم، غير مسلم أيضًا، وإلا لأجزنا بيعه مستقلاّ عن أمه، وقياسه على الثمر الذى لم يؤبر قياس مع الفارق، لأن الثمر الذى لم يؤبر لا يصح إفراده بالبيع، بل يباع تبعًا للشجر وعليه فإن الحمل يعطى حكم المجهول، ولا يصح إفراده بالعقد منعًا للغرر الذى يفسد العقود لا سيما عقود المعاوضات، وإذا صح فى بعض العقود فذلك لاعتبارات معينة.

فروع القاعدة:

يترتب على الاختلاف فى هل يعطى الحمل حكم المعلوم أو المجهول اختلاف فى فروع كثيرة منها:

١- بيع الحامل دون حملها، هل يصح أو لا؟ فى هذه المسألة قولان:

القول الأول: لا يصح بيع الحامل دون حملها لأدلة كثيرة من السنة والقياس والمعقول.

فأما السنة فمنها ما أخرجه الترمذى عن جابر ﷺ أن النبى ﷺ: «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»[4].

---

(١) صحيح مسلم ٣/ ١٥٣ الحديث رقم ١٥١٤.

(٢) المهذب للشيرازى ١/ ٢٦٥.

(٣) المنتقى ٤/ ١٨٣.

(٤) سنن الترمذى ٣/ ٥٨٥ كتاب البيوع، باب ما جاء فى النهى عن الثنيا، قال الترمذى: وإسناده حسن صحيح غريب.

والثنيا هى الاستثناء فى البيع وذلك بأن يبيع شيئًا ويستثنى بعضه[(١)] بإلا أو إحدى أخواتها... ويلحق به فى الحكم الإخراج بـ «أستثنى وأُخرج» ونحوهما[(٢)].

وأما القياس: فهو أن الحمل ينزل منزلة الجزء من الحيوان، لاتصاله به خِلْقَةً وأنه يدخل معه فى البيع من غير ذِكر، فلا يجوز استثناؤه كسائر أطرافه[(٣)].

وأما المعقول: فإن الحمل مجهول، وباستثناء المجهول من المعلوم يصير الكل مجهولاً[(٤)]، فيبطل البيع للجهالة.

والقول الثانى: يصح بيع الحامل دون حملها، وهو أحد قولى الشافعية، ورواية عن أحمد، وبه قال الحسن البصرى، والنخعى وإسحاق، وأبو ثور[(٥)].

واستدلوا لذلك بما روى نافع أن ابن عمر ﷺ «باع جارية، واستثنى ما فى بطنها».

وهذا الأثر مردود بأنه فعل صحابى، فليس بحجة، لأنه لم ينقل موافقة الصحابة على ذلك وعلى فرض حجيته فهو معارض للحديث فلا يعمل به عند التعارض، فيكون الظاهر عدم صحة البيع المستثنى منه الحمل من بهيمة مأكولة أو غير مأكولة لأنه مجهول كما لا يصح بيع الحمل منفردًا للنهى عن استثناء المجهول.

لكن إن باع شاة، أو بقرة، أو غيرهما ذات لبن، أو ذات حمل، ولم يتعرض فى العقد لا للبنها ولا لحملها، دخل اللبن والحمل تبعًا للأم، ويغتفر فى التبعية، ما لا يغتفر فى الاستقلال[(٦)].

أما لو كان المستثنى معلومًا يعرفه المتعاقدان فقد اتفقوا على أن البيع صحيح لانتفاء الغرر ولفعله ﷺ فى خروجه من مكة إلى المدينة فقد روى أبو الخطاب قال: «اشترى أبو بكر وعمر من راعى غنم شاة، وشرطًا له سلبها».

وفى الفروع: اشترطا له رأسها، وجلدها وسواقطها وكذلك كان أصحابه يتبايعون، ولأن الاستثناء استبقاء وهو يخالف ابتداء العقد ولو باع ذلك منفردًا لم يصح.

٢- بيع الحامل مع اشتراط أنها حامل:

صورة هذا الفرع أن يبيع الناقة أو الشاة مع اشتراط كونها حاملاً، وهى عكس ما سبق فى الفرع الذى تقدم مباشرة، والحكم هنا كسابقه محل خلاف بين الفقهاء على قولين:

---

(١) نيل الأوطار ٥/ ١٥٠.

(٢) جمع الجوامع وحاشية البنانى ٢/ ٩ والتوضيح ومعه التلويح ٢/ ٢٠٢ وموسوعة الكويت ٣/ ١٨٤.

(٣) الاختيار ٢/ ٢٤ مجمع الأنهر ٢/ ٦٣.

(٤) موسوعة الكويت ٩/ ٢٠٥، ١٨/ ١٥٢.

(٥) الأشباه للسيوطى ص ٢٠١ والمغنى والشرح الكبير ٤/ ٣٢.

(٦) حاشية الروض المربع للنجدى ٤/ ٣٥٤.

الأول: يرى بطلان هذا البيع وهو رأى جمهوز الحنفية، وجمهور المالكية فيما إذا قصد استزادة الثمن بهذا الشرط، وبمثل قول الحنفية قال الشافعية فى أحد القولين[١].

فإذا قصد البائع باشتراطه الحمل استزادة الثمن، بأن كان مثلها لو كانت غير حامل تباع بأقل مما بيعت به فالبيع باطل للنهى عنه لأنه غرر[٢]، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه.

وقالوا فى بطلانه: إن الحمل مجهول الوجود ومجهول الصفة، ومن ثم فلا يصح اشتراطه لأنه إن كان شرط الحمل يزيد فى ثمن البهيمة، فإن البائع يأخذ ثمنًا للجنين، وهذا لا يجوز[٣].

القول الثانى: يصح بيع الحامل مع اشتراط حملها:

وبه قال أبو حنيفة فى رواية، وقال به أشهب من المالكية، ووافقه غيره فيما إذا قصد بشرط الحمل التبرؤ من العيب، وقال به بعض الشافعية فى الأصح، وهو مذهب الحنابلة[٤].

واستندوا فى ذلك على أن الحمل صفة مقصودة يمكن الوفاء بها، فصح شرط الحمل، ككونها لبونًا[٥].

وهو أيضًا شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التى تختلف بها الأغراض[٦].

ولأن الظاهر أنه موجود، والجهل لا يؤثر فيه لأنه لا يمكن رؤيته، فعفى عن الجهل به كأساس الدار[٧].

وأما قول أصحاب الرأى الأول أن الحمل لا يمكن الوقوف عليه فلا نسلم به لأن أهل الخبرة يقفون عليه وخطؤهم نادر، ولا سيما فى هذا العصر الذى تقدم فيه العلم وأصبح الآن توجد أجهزة حديثة تحدد نوع الجنين ومواصفاته الدقيقة وحتى مع التسليم بعدم الوقوف عليه فيمكن معالجة ذلك بثبوت الخيار للمشترى بالرد بالعيب[٨].

وحديث النهى عن بيع الغرر، لا يصح الاستدلال به هنا، لوجود الفرق بين الغرر والمجهول، فالغرر ما لا يدرى هل يحصل أو لا، كالطير فى الهواء، والسمك فى الماء.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٦٨ المنتقى ٤/ ١٨٣ الأشباه للسيوطى ص ٢٠١.

(٢) صحيح مسلم ٣/ ١١٥٣ كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر الحديث، رقم ١٥١٣، سنن البيهقى ٥/ ٣٣٨ كتاب البيوع باب النهى عن بيع الغرر.

(٣) المنتقى ٤/ ١٨٣.

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ١٦٨، ١٦٩ المنتقى ٤/ ١٨٣ والأشباه ص ١٦٢ المغنى والشرح الكبير ٤/ ٤٨.

(٥) المغنى مع الشرح الكبير ٤/ ٤٨.

(٦) مغنى المحتاج ٢/ ٥٢، ٥٣.

(٧) المهذب ١/ ٢٦٥.

(٨) المجموع ٩/ ٣٩٣.

أما المجهول، فهو ما علم حصوله، ولكن جهلت صفته كبيعه ما فى كمه، فالمشترى يحصل على المجهول قطعًا، ولكنه لا يدرى ما صفة هذا الشيء[١].

والظاهر من هذا صحة اشتراط الحمل عند البيع لأنه فى حكم المعلوم إذ هو بمنزلة اشتراط كونها لبونًا أى ذات لبن وليس فى ذلك غرر بعدما أصبح بالطرق العلمية الحديثة يمكن معرفة نوع الجنين منذ الشهور الأولى وهذا مما علم وانتشر بين الجميع، وعليه فيعتبر الحمل موجودًا ويعطى حكم الموجود.

٣- استئجار الدواب لولادتها:

المقصود باستئجار الدواب للولادة هنا، أن يستأجر دابة معينة ليلقحها الفحل، فتحمل وتلد خلال مدة الإجارة.

وهذا يأخذ حكم بيع الملاقيح والمضامين، الملاقيح جمع ملقوحة، وهى لغة جنين الناقة خاصة، وشرعًا أعم من ذلك، وهى ما فى البطون من الأجنة، وهو شامل للذكر والأنثى والمضامين جمع مضمون كمنصور أو مضمان كمفتاح، وهى ما فى أصلاب الفحول من الماء.

قال الأزهرى: سميت بذلك لأن الله تعالى أودعها ظهورها فكأنها ضمنتها.

وقد روى النهى عن بيعهما مالك مرسلاً، والبزار مسندًا، وعدم صحة بيعهما من حيث إنه ﷺ: «نهى عن بيع الملاقيح والمضامين»[٢].

فهل يكون استئجار الدابة بقصد التلقيح والحمل والولادة جائز أو منهى عنه كالبيع؟.

وإذا كان جائزًا فهل يكون الولد من نصيب المستأجر أو مالك الدابة المستأجرة؟ وهل يصح انفراده بحكم مستقل أو يكون مملوكًا بالتبعية لأمه فيكون مملوكًا لمالكها تبعًا لها؟.

قال السيوطى: «الحمل، هل يعطى حكم المعلوم أو حكم المجهول؟ فيه خلاف، والترجيح مختلف فى الفروع، ومنها: الإجارة للحمل، والأظهر كما قال العراقى الجواز بناء على أنه معلوم»[٣].

والسيوطى رجح الإجارة للحمل وبنى حكمه على أن الحمل يعطى حكم المعلوم، ولكن الحمل فى حد ذاته قد يحصل وقد لا يحصل فيكون فى هذا الترجيح نظر.

---

(١) الفروق ٣/ ٢٦٥ تهذيب الفروق ٣/ ٢١٧ القواعد النورانية لابن تيمية ص ١١٧.

(٢) الحديث رواه ابن عباس فى الكبير للطبرانى والبزار، وعن ابن عمر... أخرجه عبد الرزاق، وإسناده قوى، التلخيص ٣/ ١٢.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٢٠١.

وعليه فلا تجوز هذه الوسيلة لأنها منطوية على الغرر، فالقول بعدم الجواز أرجح.

ولكن هل يجرى هذا الخلاف فى إجارة أرحام النساء للحمل؟ بالقطع لا يجوز ذلك أصلاً لعدم صلاحية المرأة المتزوجة لاستقبال حيوان منوى ملقح من غير زوجها بالبويضة لامرأة أخرى منعًا لاختلاط الأنساب بدليل عدم صحة العقد على الحامل حتى تضع حملها، وأيضًا: لا يجوز لغير المتزوجة أن تؤجر رحمها ولا أن تتبرع به ليوضع فيه الحيوان المنوى الملقح بالبويضة من زوج وزوجة، لأن الولد إذا قدر له أن يستمر فى أحشائها ويولد، فهل يكون ولدًا للأولى التى التقى الحيوان المنوى مع بويضتها، أو يكون ولدًا للتى تكوَّن فى أحشائها؟ وما مدى تأثير هذه العملية على نفسية المرأة التى حملت ولدًا لا ينسب إليها؟ إن هذا الأمر غير طبيعى ولا يتفق مع النظام الفطرى الطبيعى الذى فطر الله الناس عليها، وقد يفتح هذا النظام الباب على مصراعيه للحمل سفاحًا تحت ستار تأجير الرحم أو التبرع به للحمل.

٤- الوصية بالحمل:

تعريف الوصية لغة وشرعًا:

الوصية تطلق على التبرع، وعلى العهد.

وهى لغة: الإيصال، من وصَّى الشىء بالشىء إذا وصله به، لأن الموصى وصل خير دنياه بخير عقباه[(١)].

وأما شرعًا فهى: تبرع مضاف لما بعد الموت، لأن الوصية لا تكون إلا بعد الموت.

دليل مشروعية الوصية:

الأصل فى مشروعيتها قوله تعالى: ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ**﴾ (النساء: ١٢).

وخبر الصحيحين: «ما حق امرئ مسلم له شىء يوصى به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[(٢)] أى: ما الحزم أو ما المعروف من الأخلاق إلا هذا، فقد يفجؤه الموت.

حكم الوصية:

كانت الوصية أول الإسلام واجبة بكل المال للوالدين لقوله تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾ (البقرة: ١٨٠) ثم نسخ وجوبها بآيات المواريث وبقى استحبابها فى الثلث فأقل لغير الوارث، وإن قل المال وكثر العيال[(٣)].

---

(١) المعجم الوجيز، مغنى المحتاج ٣/ ٣٩ تحفة المحتاج ٧/ ٢.

(٢) رواه الجماعة، كتاب الوصايا الحث على الوصية، نيل الأوطار ٦/ ٣٨.

(٣) مغنى المحتاج ٣/ ٣٩.

وإذا أوصى فالأفضل تقديم القريب غير الوارث، وتقديم المحْرَم منهم، ثم ذى رضاع، ثم ذى ولاء، ثم جوار، كما فى صدقة التطوع المنجزة، وأهل الخير والمحتاجين ممن ذكر أولى من غيرهم.

فإذا كانت الوصية بالحمل بأن قال: أوصيت بما فى رحم هذه الشاة لفلان، فهل تصح الوصية مع ما فى الحمل من الجهالة والغرر؟.

١- قال المالكية وبعض الشافعية، وجمهور الزيدية[١]: تصح الوصية حتى وإن لم يكن الحمل موجودًا أثناء الوصية، لأنهم لم يشترطوا فى عقود التبرعات كالهبة والوصية أن يكون المعقود عليه موجودًا عند العقد، فتصح مع الجهالة عندهم وإن كانت فاحشة، لأن الشارع حث على الإحسان وعمل الخير، وتوسع فيه تيسيرًا للمحسنين، ولأن الجهالة فيها لا تفضى إلى الخلاف والنزاع.

٥- الوصية للحمل:

الوصية كما أوضحنا سابقًا، تبرع مضاف لما بعد الموت، والغرض منها التقرب إلى الله تعالى، والأمر فيها مبنى على الرفق والتيسير على الناس، فإذا أوصى لحمل فاطمة من علىّ فهل تجوز الوصية لهذا الحمل الموجود أو الذى سيوجد؟.

جمهور الفقهاء: يقولون بصحة الوصية للحمل الموجود حين الوصية، إن ولد حيًا لأقل من ستة أشهر، إذ لو ولد لأكثر من ستة أشهر احتمل وجوده وعدمه حين الوصية، فلا تصح الوصية لأنها تمليك لا يصح لمعدوم[٢]، فهى كالميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى الورثة، بل إن الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف فى الدين، بخلاف الميراث، فإذا ورث الحمل، فإن الوصية أولى.

وقال المالكية: تصح الوصية لحمل ثابت أو سيوجد، فيوقف إلى وضعه، فيستحق إن استهل عقب ولادته صارخًا، فإذا نزل ميتًا، أو حيًا حياة غير مستقرة، فلا يستحقها، وترد الوصية لورثة الموصى.

٦- الوقف على الحمل:

الوقف من الصدقات الجارية التى لا ينقطع ثوابها بموت ابن آدم لقوله ﷺ:

---

(١) حاشية الدسوقى ٤/ ٤٣٣ المهذب ١/ ٤٥٨ البحر الزخار ٥/ ٣١١ وما بعدها.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ٤١٨ جواهر الإكليل ٢/ ٣١٧ حاشية القليوبى ٣/ ١٥٧ كشاف القناع ٤/ ٣٥٦ المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤٧٥ شرائع الإسلام ٢/ ٢٥٥.

«إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»(١).

والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف، فإن غيره من الصدقات ليست جارية، بل يملك المتصدق عليه أعيانها ومنافعها ناجزًا، وأما الوصية بالمنفعة وإن شملها الحديث فهى نادرة، فحمل الصدقة فى الحديث على الوقف أولى.

تعريف الوقف لغة وشرعًا:

الوقف لغة: الحَبْس، ويرادفه التحبيس والتسبيل، فيقال: وقفت كذا: حبسته، ولا يقال: أوقفته إلا على لغة رديئة، وهو عكس حبس فإن الفصيح أحبس، وأما حبس فلغة رديئة، وجمعه وقوف أوقاف(٢).

وشرعًا: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح موجود(٣).

أما الوقف على الحمل هل يصح أو لا؟:

فإن الوقف باعتباره جهة من جهات البر والقصد منه التقرب إلى الله تعالى فيصح أن يكون على إنسان أو غيره كالمساجد والمدارس، ويصح على الموجود والمعدوم والمعين والمجهول، والمسلم والذمى والقريب والبعيد والحمل الذى سيولد وهو مذهب الحنفية والصحيح عند المالكية، ووافقهم بعض الحنابلة كأن يقول: وقفت هذه الأرض على هذا الحمل سواء أكان بالأصالة أم بالتبعية إذ أن الوقف لا يحتاج إلى قبول، فيصح مطلقًا(٤).

وقال الشافعية: لا يصح الوقف على الجنين لأن الوقف تمليك فى الحال، والجنين لا يصح تملكه سواء أكان مقصودًا أم تبعًا حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف لم يدخل فى الحال إذ لا يسمى ولدًا وإنما يدخل معهم إذا انفصل ما لم يكن الواقف قد سمى الموجودين أو ذكر عددهم فلا يدخل، وهذا قول مرجوح للمالكية(٥).

لكن يدخل فيما إذا وقف على الذرية، ولا يأخذ شيئًا إلا إذا انفصل حيًا عن أمه(٦).

وذهب جمهور الحنابلة: إلى أنه يصح الوقف على الحمل تبعًا وذلك بأن يقول: وقفت

(١) رواه ابن ماجه وابن حبان، من طريق أبى قتادة: «خير ما يخلف الرجل من بعده ثلاث: ولد صالح يدعو له، وصدقة تجرى يبلغه أجرها، وعلم يعمل به من بعده» التلخيص الحبير ٣/ ٦٨.

(٢) المعجم الوجيز ص ٦٧٩.

(٣) مغنى المحتاج ٢/ ٣٧٦.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥/ ٤١٩ جواهر الإكليل ٢/ ٢٠٥ شرح المقنع ٢/ ٣١٣.

(٥) مغنى المحتاج ٢/ ٣٧٩ جواهر الإكليل ٢/ ٢٠٥.

(٦) حاشية قليوبى ٣/ ٩٩ مغنى المحتاج ٢/ ٣٧٩.

كذا على أولادى وفيهم حمل، فيشمل الحمل، ولا يصح على الحمل أصالة، كأن يقول: وقفت دارى على ما فى بطن هذه المرأة، لأن الحمل لا يملك وهو مجهول، فلا يصح له الوقف.

أما إذا وقف عليه بالتبعية، فإنه يصح له الوقف تبعًا لأنه يغتفر فى التابع ما لا يغتفر فى المتبوع، ولكن لا يعطى شيئًا من ريع الوقف إلا بعد انفصاله عن أمه وهذا هو الرأى الصحيح، فلا يصح الوقف على الحمل أصالة ويصح تبعًا ولا يستحق شيًا من الوقف إلا بعد أن ينفصل حيّا عن أمه وبشرط ألا يكون الواقف قد سمى الموقوف عليهم أو حصر عددهم.

فإذا قال: وقفت على ذرية فلان أو على نسله، فإن الوقف على الحمل يصح قطعًا، وهذا ما جزم به السيوطى[1].

* * *

(١) الأشباه والنظائر ص ٢٠١.

القاعدة الثالثة عشرة: «المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟[١]»

قبل بيان الحكم لهذه القاعدة ورأى الفقهاء فيها نبين المعنى اللغوى والشرعى لمفردات القاعدة.

أولا: المانع:

المانع فى اللغة، يطلق على ما يمنع من حصول الشىء وهو خلاف المقتضى، فالمقتضى للشىء معناه طلبه، وطلب الشىء يشمل طلب الفعل إيجابًا أو ندبًا، وطلب الترك تحريمًا أو كراهة[٢].

وأما المانع فى الاصطلاح الشرعى فهو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته[٣]، وبمقتضى هذا التعريف، يخرج السبب، لأن السبب يلزم من وجوده الوجود، كما يخرج به الشرط، لأن الشرط يلزم من عدمه عدم المشروط ويخرج به أيضًا المانع المقارن فإنه موجود باطراد، كالنبوة، فإنها مقارن يمنع من صحة النكاح، وكالدَّين فإنه مانع من جُوب الزكاة فى المال الذى بلغ نصابًا وحال عليه الحول.

ثانيًا: المقارن:

المقارن فى اللغة، مأخوذ من قَرَن الشىء بالشىء قرنًا إذا جمع بينهما، واقترن الشىء بغيره: اتصل به مصاحبة، وتقارن الشيئان: تلازما، وكلها بمعنى واحد لأن الجمع بين الشيئين يفيد معنى المصاحبة والاتصال، والتلازم بين الشيئين[٤].

فهل المانع الطارئ كالمانع فى الشرع؟ بمعنى أنه لو عدم شخص الماء فتيمم ثم وجد الماء أثناء الصلاة، فهل تبطل صلاته ويلزمه الخروج من صلاته والوضوء لأن وجود الماء مانع من صحة التيمم، فيأخذ الماء الطارئ حكم الماء المقارن للتيمم؟.

وإذا كفَّر الحانث فى يمينه بالصوم، لكونه عاجزًا عن الإطعام أو الكسوة ثم تيسر له وهو صائم الإطعام أو الكسوة، فهل يلزمه أن ينتقل من الصوم إلى الإطعام أو الكسوة، ويبطل صومه لأن الإطعام مانع من صحة التكفير بالصوم، فيكون المانع الطارئ كالمقارن؟.

قال الإمام السيوطى: المانع الطارئ فيه خلاف والترجيح مختلف فى الفروع فتارة يكون

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٢٠٣ طبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه.

(٢، ٣) الإبهاج فى شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى البيضاوى تأليف ابن السبكى جـ١ ص ٤٤ دار الكتب العلمية بيروت.

(٤) المعجم الوجيز ص ٤٩٩، لسان العرب ١١/ ١٣٩.

المانع الطارئ كـالمقارن، وتارة لا يكـون عند فقهـاء المذاهب فإن فـقهاء المـذاهب تختلف أنظارهم فى هذه المسألة.

فيرى فريق من الفقهاء: أن المانع الطارئ يعطى حكم المانع المقارن، وهم الحنفية وأحد القولين عند المالكية والحنابلة والإمامية والزيدية والظاهرية[(١)] والشافعية.

قال فى تأسيس النظر: «إن القدرة على الأصل، أى المبدل قبل اسـتيفاء المقصود بالبدل ينتقل الحكم إلى المبدل كالمعتدة بالشهور إذا حاضت أو المعتدة بالحيض إذا أيست أى انقطع عنهـا الحيض، وانقطع الأمل فـى رجائه بأن كـانت المرأة فى العـقـد الخامس وانقطع عنهـا الحيض».

فهذا النص قـد أفاد أن المانع الطارئ كالمـقارن، وهذا معناه أن من كان قـادرًا على فعل الأصل، لا يجوز له فعل البـدل. . . فإذا قدر على فعل الأصل قبل الانتهـاء من فعل البدل، كان هذا الطارئ كالمقارن، ومنعه من إتمام البدل.

واستدلوا لذلك: بأن كلا منهما مانع، فلا فرق بين الطارئ والمقارن، وعليه فكل ما يمنع من ابتداء الشىء يمنع من استمراره ودوامه[(٢)].

ويرى فريق آخر: أن المانع الطارئ ليس كالمقارن، وهو رأى المالكية والشافعية.

فى القول الثانى: وأحد القولين عند الحنابلة والظاهرية[(٣)].

واستدلوا لـذلك: بأن المانع الطارئ ليس كالمانع المـقارن، لأنه يغتفـر فى الدوام ما لا يغتفر فى الابتداء، لأن البقاء أسهل من الابتداء، ولذلك فـإن استبقاء ما كان على ما كان عليه أمر معمول به فى الشرع، بخلاف ما لم يكن موجودًا فهو فى حاجة إلى إثبات[(٤)]، ثم إن عدم وجود المانع فى الابتداء قد أجاز للـمكلف الدخول فى فعل الشىء والتلبس به، وإذا دخل فيه فلا يجوز الخروج منه لقوله تعالى: ﴿**وَلا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ**﴾ (محمد: ٣٣).

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة فروع:

الفـرع الأول: إذا طلع الفجر وهو يجامع، فإذا نزع فى الحال صح صومه، ولو وقع مثل

(١) تأسيس النظر للدبوسى ص ١١١ الفروق ١/ ١١٠ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٣ والمحلى لابن حزم ٥/ ٨١ وشرائع الإسلام ١/ ٢٨٩، وشرح الأزهار ٤/ ٤٣.

(٢) المغنى والشرح الكبير ٧/ ٥٨٣، ٥٨٤.

(٣) الفروق ١/ ١١٠ والأشـباه والنظائر للسـيوطى ص ٢٠٣ المغنى لابن قـدامة والشرح الكبـير ١/ ٢٧٠ وشرائع الإسلام ١/ ٢٧٩، وشرح الأزهار ٤/ ٤٣ المحلى ٥/ ٨١.

(٤) شرح القواعد الفقهية للندوى ص ٤٣٥.

ذلك فى أثناء الصوم، أبطله، لأنه يغتفر فى الدوام ما لا يغتفر فى الابتداء وهى قاعدة معروفة.

الفرع الثانى: صدقة الفطر، لا يباع فيها المسكن ولا السيارة، وما كان من الأشياء الضرورية التى لا تستقيم حياة الإنسان إلا بها، فلا يباع شىء منها فى الابتداء، أما لو ثبتت زكاة الفطر فى ذمته، فإن يباع فيها مسكنه وأرضه التى يملكها، لأن زكاة الفطر بعد الثبوت تلتحق بالديون(١).

الفرع الثالث: رؤية المتيمم للماء فى الصلاة أو قبل الصلاة، فإذا رأى الماء قبل الدخول فى الصلاة وكان قد تيمم لعدم وجود الماء، وجب عليه الوضوء لبطلان تيممه(٢)، أما لو دخل فى الصلاة، ثم رأى الماء قبل الفراغ من الصلاة فهل يجب عليه الخروج منه لبطلان تيممه، لأن المانع الطارئ كالمقارن؟ أو يستمر فى صلاته ولا يخرج منها؟ فى هذه المسألة رأيان:

أولهما: يبطل التيمم وبالتالى تبطل الصلاة إذا رأى الماء فى صلاته، أو صلى بالتيمم ثم وجد الماء، وهذا مذهب الأوزاعى والثورى، والمزنى، وابن سريج وبه قال الحنفية، وهو قول مرجوح عند الشافعية، وهو المشهور عند الحنابلة وبه قال ابن حزم الظاهرى(٣) وغيرهم.

واستدل أصحاب هذا الرأى بالسنة، والقياس، والمعقول.

١- أما السنة فاستدلوا منها بما أخرجه أبو داود، والترمذى بسند حسن صحيح عن أبى ذر رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال: «الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجد الماء فليُمِسه بشرته، فإن ذلك خير»(٤).

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه قد أفاد بمنطوقه وجوب إمساس الجلد بالماء عند وجوده، ودل بمفهومه على أن التراب لا يكون طهوراً عند وجود الماء(٥).

٢- وأما القياس: فإن التيمم طهارة ضرورة، فلا ينتقل الإنسان المكلف إليها إلا عند عدم وجود الماء، قياساً على المستحاضة إذا انقطع دمها، فإنها إذا انقطع دمها بطل وضوؤها،

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٢٠٣، ٢٠٤.

(٢) الاختيار ١/ ٣٧ وقوانين الأحكام ص٤٤، وقليوبى وعميرة ١/ ٧٦ ونيل المآرب ١/ ٢٣.

(٣) الاختيار ١/ ٢١ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٤ والمجموع ٢/ ٣٥٨ والمغنى ١/ ٢٧٠، والمحلى ١/ ٣١٨، ٣١٩.

(٤) سنن أبى داود ١/ ٩٠، ٩١، ٩٢ كتاب الطهارة وباب الجنب يتيميم الحديث رقم ٣٣٢، ٣٣٣، سنن الترمذى ١/ ٢١١، ٢١٢ كتاب الطهارة باب ما جاء فى التيمم للجنب الحديث رقم ١٢٤.

(٥) المغنى لابن قدامة ١/ ٢٧٠.

فكذلك المتيمم إذا وجد الماء بطل تيممه، لأن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما يبيح للمتيمم أن يصلى مع كـونه محـدثًا لضرورة العـجز عن المـاء، فإذا وجـد الماء زالت الضـرورة، وبطل التيمم(١).

٣- وأما المعقـول، فلأنه قدر على استعمال المـاء حقيقة، فبطل تيـممه، إذ لا فرق بين رؤية الماء قبل الصلاة أو فى أثنائها، فإذا وجد الماء أثناء الصلاة لم تصح لفوات شرطها وهو الطهارة(٢).

ثانيهـما: أنه يمضى فى صلاته، ويتمها ولا يخرج منها وهو رأى المالكية، والأصح عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة(٣).

واستدل أصحاب هذا الرأى بالقرآن والقياس والمعقول.

١- أما القرآن فبقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ** ﴾ (محمد: ٣٣).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنه وإن كان قادرًا حسًا على اسـتعمال الماء، إلا أنه عاجز شرعًا، لأن قدرته تتوقف على الخروج من الصلاة، وإبطالها، وهو منهى عنه كما نصت على ذلك الآية الكريمة(٤).

٢- وأما القياس فإنه لا يلزمه الخـروج من الصلاة عند رؤية الماء قياسًا على المظاهر إذا لم يجد رقبة يكفر بها، ثم تلبس بالصيام، ثم وجدها فى أثناء صيامه، فلا يلزمه قطع الصيام، والعود إلى إعتاق الرقبة، فكذلك إذا دخل فى الصلاة ثم رأى الماء، فلا يلزمه الخروج.

٣- وأما المعقول، فإنه إذا دخل فى الصلاة كما أمره الشرع، فلا يجوز له أن يخرج منها إلا بأمر مـن الشارع، ولا يوجد هـذا الأمر، فلا يكون الـمانع الطارئ كـالمقارن، فـلا تبطل الصلاة برؤية الماء أثناء الصلاة، وهذا هو الراجح، فيكون المـانع الطارئ ليس كالمقارن، فلا تبطل به الصلاة وهذا هو الذى رجحه الإمام السيوطى فى الأشباه والنظائر(٥).

الفرع الرابع: أن يحرم بالحج أو العمـرة وفى حوزته صيد: فهل يكون هذا الإحـرام مانعًا من دوام ملكه للصيد، كالمانع المقارن؟ فإن المحـرم يحرم عليه صيد الحيوان البرى المأكول فى هذا الفرع رأيان:

(١) المغنى ١/ ٢٧٠.
(٢) مجمع الأنهر ١/ ٤٣.
(٣) جوهر الإكليل ١/ ٢٨ والمجموع ٢/ ٣٥٨ والمغنى والشرح الكبير ١/ ٢٧١.
(٤) المغنى والشرح الكبير ١/ ٢٧٠.
(٥) الأشباه والنظائر ص ٢٠٤.

الـــــرأى الأول: إذا أحرم وفى يده صـيد برى مـأكول، فلا يزول ملكه عـنه وهو مذهب الحنفية، ومقابل الأصح عند الشافعية وبه قال الحنابلة والظاهرية[١].

واستدل أصحاب هذا الرأى بأدلة من القرآن الكريم منها:

١- قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا** ﴾ (المائدة: ٢).

ووجه الدلالة من الآية، أن الذى أباحه الله تعالى لنا بالإحلال هو الصيد والذى فى أيدينا ليس صيدًا، فـإن الصيد لا يطلق إلا على ما كـان فى البرية غير متـملك، فإذا تملك لم يقع عليه اسم الصيد[٢].

٢- قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ** ﴾ (المائدة: ٩٥).

٣- قوله تعالى: ﴿ **أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا** ﴾ (المائدة: ٩٦).

ووجه الدلالة من الآيتين، أن الله تعالى حرم على المحرم ما يتصيده بعد الإحرام، أما ما صيد بالفعل فليس مرادًا، فإن الإحرام لا يمنع مـن استدامة ملكه لما فى يده، وذلك بالقياس على النكاح، فإن إمساك الصيد لا يمنع من ابتداء الإحرام، فـلا يمنع من استدامته قياسًا على النكاح، فإنه لا يمنع من ابتدائه، فـلا يمنع من استدامته فيـقاس استدامة الصيـد على استدامة النكاح، ولأن البقاء أسهل من الابتداء[٣].

الرأى الثانى: يزول ملكه عن الصيـد الذى فى يده إذا أحرم وهو رأى المالكية، والأصح عن الشافعية[٤].

واستدلوا لذلك بما استدل به أصحاب الرأى الأول.

١- بقوله تعالى: ﴿ **لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ** ﴾.

٢- وبقوله تعالى: ﴿ **وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا** ﴾.

وقـالوا فـى وجـه الدلالـة: إن هاتين الآيتين تدلان بـعمـومهـما علـى تحـريم الصيـد، وتحريم المصيد نفسه[٥]، فإذا كان قد ملكه قبل أن يحرم فإذا أحرم زال عنه ملكه فلا يمكله

---

(١) الأجوبة الخـفيفـة ص١٣٤ والمجـموع ٧/ ٣٣٠، والمغنى والشـرح الكبيـر ٣/ ٥٤٧، ٥٤٨ والمحلى ٤/ ٨٧.

(٢) المحلى ٤/ ٢٨٨.

(٣) أحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢٤١٠، وأحكام القرآن للكتـاب الهراسى ٣/ ١١٤ والمحلى لابن حزم ٤/ ٢٨٧ والمغنى لابن قدامة والشرح الكبير ٣/ ٥٤٨.

(٤) جواهر الإكليل ١/ ١٩٥، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٣.

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢٤١٢.

ابتداء ودوامًـا، بجامع أن كلا منهـما تمليك، فـإن استدامـة التمليك تمليك وقـد نهى الشرع عنه(١).

ولكن هذا الاستـدلال، لا يدل صراحة على سـقوط الملك عند الإحـرام، إذ لا تعارض بين دوام التمليك للصيـد الذى صاده قبل إحرامه، فإن الآية الأولى إنما نـهت عن قتل الصيد حال الإحـرام، لا عن استدامـة التمليك، وغـاية ما فى الآية أنها دلت على أنـه محظور على المحرم قتل الصيد كما يحظر عليه استعمال الطيب أو أكل ما غلب فيه الطيب مع أنه دائم فى ملكه.

وأما الآية الثانية، فقد دلت على تحريم المـصيد نفسه، وهذا لا نزاع فيه، ولكن لا دلالة فى الآية على نفى الملك عـنه فيـما فى يده من الصـيد قـبل الإحـرام، فكان نفى الملك عنه يحتاج إلـى أدلة صريحة وقاطعة لأن نـفى الملك ليس أمرًا يسيرًا، وعليـه فلا يزول ملكه عن الصيـد الذى اصطاده المحـرم قبل إحـرامه، فـيكون شأن الصيـد شأن الطيب والنـساء وباقى محظورات الإحرام لكن لا يـحل ذبحه ولا أكله إلا بعد التحلل من الإحـرام، فالمانع الطارئ ليس كالمقارن على هذا الرأى.

وقد رجح السـيوطى الرأى الأول فـقال: والأصح أن الطارئ كالمـقارن، فيـحكم بإزالة الملك عن المحرم فيما صاده قبل إحرامه، والله أعلم.

الفـرع الـخـامس: إذا طرأ عيب فى أحد الزوجـين من العيوب المثبتة للـخيار فى فسخ النكاح، وهى العـيوب المفـوتة للذة الاستـمتـاع، مثل أن يكون مـجنونًا أو عنينًا والعنين هو العاجز عن إتيان المرأة، ومثل أن يكون بالزوجة عـيب يمنع الاستمتاع بها بأن يكون بها جنون أو جذام أو برص أو غيـر ذلك من باقى العيوب، فإذا طرأ عـيب فيها بعد العـقد، فهل يكون هذا العيب الطارئ كالعيب المقارن يثبت به للطرف الثانى حقه فى خيار فسخ عقد النكاح؟.

فى هذا الفرع رأيان:

الـرأى الأول: أن العيب الطارئ بعد عقد النكاح كالعـيب المقارن للعقد، يثبت للطرف المتضرر الحق فى فسخ النكاح إلا إذا وجد منه ما يدل على الرضا به، فإن وجد الرضا بالقول أو الاستمـتاع من الزوج أو التمكين من المـرأة، سقط الخيار، بحق الفـسخ ولم يعد للطرف السليم المطالبة به، وهو مذهب الحنـفية، والأصح عند الشافعية والحنـابلة وقول مرجوح فى مذهب الإمامية.

واستدل أصحاب هذا الرأى بأن العيب الطارئ عيب فى النكاح يثبت به الخيار قياسًا على

(١) المغنى والشرح الكبير ٣/ ٥٤٨.

العيب المقارن للعقد وعلى الإعسار بالنفقة، فإن الإعسر بالنفقة يثبت للزوجة خيار الفسخ سواء أكان الإعسار مقارنًا للعقد أم طارئًا بعده، وقياسًا على عقد الإجارة، فإنه إذا طرأ عيب بالعين المستأجرة ثبت للمستأجر الخيار فى فسخ العقد، لا سيما إذا كان العيب يفوت الانتفاع بالعين المستأجرة.

الرأى الثانى: أن العيب الطارئ على أحد الزوجين الذى لم يكن موجودًا قبل العقد لا يثبت خيار الفسخ وهو رأى المالكية، وقول مرجوح عند الشافعية والحنابلة والأظهر عند الشيعة والإمامية والظاهرية، وقد انتصر الظاهرية لهذا الرأى فإنهم لا يجيزون خيار الفسخ أصلاً حتى ولو كان العيب قبل العقد، ووافقهم من التابعين عمر بن عبد العزيز[١].

واستدل أصحاب هذا الرأى بأن العيب الطارئ بعد العقد عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد، فأشبه الحادث بالمبيع بعد العقد فإنه لا يثبت للمشترى حق خيار الفسخ فليس العيب الطارئ كالمقارن، وطالما لم يكن بالمبيع عيب قبل العقد، فلا يثبت خيار الفسخ.

ولكن قياس أصحاب هذا الرأى عقد النكاح على عقد البيع لا يجوز، لأنه إذا صح هذا فى البيع فلا يصح فى النكاح، فإن العلاقة بين البائع والمشترى تنتهى بانتهاء مدة العقد وتسلم كل طرف منهما المعقود عليه، وإذا كان الخيار مشروطًا فى العقد انتهت العلاقة بين البائع والمشترى بانتهاء مدة الخيار.

أما فى عقد النكاح: فالعلاقة بين الزوجين، علاقة دائمة ومستمرة إلى أن ينتهى بالفراق بطلاق أو فسخ أو موت، والغرض الذى من أجله شرع عقد النكاح هو السكن والمودة والرحمة، واستمتاع كل من الزوجين بالآخر، ولا شك أن حدوث عيب بأحدهما يفوت هذا الاستمتاع وإذا كان الأمر كذلك، فإن حدوث عيب بأحدهما يجيز للمتضرر بهذا العيب حق المطالبة بالفسخ سواء أكان الزوج أم الزوجة، وسواء قبل العقد أم بعده طالما لم يوجد من الطرف الآخر ما يدل على الرضا بالعيب بعد حدوثه، وعليه فإن المانع الطارئ يعطى حكم المانع المقارن، وهذا ما رجحه السيوطى بقوله: والأصح أن الطارئ كالمقارن، فيحكم بإثبات الخيار للزوج أو الزوجة[٢].

* * *

(١) قوانين الأحكام ص ٢٢٥ الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٣، ٢٠٤ والمغنى والشرح الكبير ٧/ ٥٨٢، وشرائع الإسلام ٢/ ٣١٩ والمحلى لابن حزم ٧/ ١٣٤.

(٢) الأشباه ص ٢٠٣.

القاعدة الرابعة عشرة: النادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه؟

قبل بيان معنى هذه القاعـدة وما يندرج تحتها من فروع فقهية مهـمة، وموقف الفقهاء من هذه الفروع نتوقف قليلاً لبيان مقررات القاعدة لغويًا.

بيان مفردات القاعدة:

النادر: هو القليل، مـن ندر الشىء إذا قل، فلا يوجـد إلا أحـيانًا قـليلة، وجنس الشىء أصله، والأشياء المتجانسة هى المـتحدة فى الجنس والأصل، والجنسية هى الصفة التى تلحق بالشخص من جهة انتسابه لشعب أو أمة(١).

معنى القاعدة:

معنى هذه القـاعدة أن الإنسان إذا كـان له إصبع زائدة، واعتـدى عليهـا إنسان بقطع هذه الإصبع، فهل يجب فيها قصاص أو دية كـالإصبع الأصلية فيلحق النادر بجنسه فتكون الإصبع الزائدة كالإصبع الأصلية أو لا يلحق بجنسه ويكون له حكم مستقل به؟.

وهذه القاعدة من القواعد التى لا يطلق فيها الترجيح، فتارة يرجح فى بعض الفروع إلحاق النادر بجنسه، وإعطاؤه حكم الغالب، وتارة يرجح إعطاؤه حكمًا مستقلا فلا يلحق بجنسه.

فروع القاعدة:

من أهم الفروع الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة:

الفرع الأول: الاستجمار بالحجر فى الودى(٢) أو المذى(٣) هل يجوز فيهما إلحاقًا لهما بجنس ما يخرج من الـسبيلين وهما البول والغـائط أو لا بد من غسلهما بالمـاء لأنهما نادران فيلحقان بنفسـهما لا بجنسهما؟ والودى ماء أبيض ثخين يخـرج بعد البول أو عند حمل شىء ثقيل، وهو كدر أى عكر، والمذى ماء أصفر لزج يخرج عند ثوران الشهوة من الذكر وهو عند الأنثى أكثر من الذكر فهل يجوز فيهما الاستنجاء أو الاستجمار بالحجر؟.

فى حكم الاستجمار من الودى والمذى رأيان:

الرأى الأول: يجوز الاستجمار فى النادر كما يجوز فى المعتاد، وهو الأصح عند الحنفية وعند الشافعية وبه قال المالكية والحنابلة(٤).

---

(١) لسان العرب ١٤/ ٩٠ والمعجم الوجيز ص ٦٠٨، ١٢١.

(٢) الودى: الماء الرقـيق الأبيض الذى يخرج فى أثر البول من إفـراز البروستاتة (المـعجم الوجيز لمـجمع اللغة العربية ص ٦٦٤ مادة ودى).

(٣) المذى: ماء أصفر رقيق تفرزه الغدد المبالية من غير بول (المعجم الوجيز مادة: مذى ص ٥٧٦).

(٤) مراقى الفـلاح ص ٢٧، الأشبـاه والنظائر للسيوطـى، جواهر الإكليل ١/ ١٩، المنثـور للزركشى ٣/ ٢٤٣، المغنى والشرح الكبير ١/ ١٤٤.

واستدل أصحاب هذا الرأى بأدلة من السنة والقياس.

أما السنة فبما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبى ﷺ قال: «إذا ذهب أحدكم إلى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار يستطيب بهن»(١).

ووجه الدلالة من الحديث أنه ورد عامًا فى كل ما خرج من السبيلين، فتخصيص الحجر بالمعتاد دون النادر تخصيص بغير دليل.

وأما القياس فذلك لأنهم قاسوا النادر على البول والغائط من باب إلحاق الشيء بجنسه بجامع اتحاد المخرج فى كل منهما، وقد تدعو الحاجة إلى الاستجمار بالحجر فى كل ما خرج من السبيلين، والاستجمار رخصة، والرخص تقتضى التخفيف(٢).

فإن قيل: إن المذى والودى خروجهما نادر فيتعين فيهما الماء لعدم المشقة الداعية إلى الترخيص.

قلنا: إنه لا يلزم من مشروعية الترخيص وجود المشقة فى جميع صورها وذلك كمشروعية القصر فى الصلاة وإن لم توجد المشقة(٣).

الرأى الثانى: لا يجوز الاستنجاء بالحجر إلا من البول والغائط فقط، أما المذى والودى والدم والقيح وكل ما عدا البول والغائط فيتعين غسله بالماء وهو رأى الحنفية والشافعية على قول مرجوح عندهما(٤).

واستدل أصحاب هذا الرأى بالسنة، ومنها ما أخرجه البخارى ومسلم عن على بن أبى طالب رضي الله عنه قال: «كنت رجلاً مذاءً فأستحييت أن أسال رسول الله ﷺ لمكان ابنته منى فأمرت المقداد بن الأسود فسأله فقال: توضأ واغسل ذكرك»(٥).

ووجه الدلالة من هذ الحديث أن الأمر هنا يقتضى وجوب غسل الذكر من المذى وهو نادر، فيقاس عليه كل ما هو نادر ويتعين فيه الغسل دون الاستجمار بالحجر.

وأخرج أبو داود بإسناد صحيح عن عبد الله بن سعد الأنصارى رضي الله عنه قال: سألت رسول الله ﷺ عن المذى فقال: فتغسل من ذلك فرجك وأنثييك، وتوضأ وضوءك للصلاة(٦).

---

(١) سنن أبى داود ١/ ١٠ كتاب الطهارة باب الاستنجاء بالحجارة، والحديث رقم ٤٠، وسنن النسائى ١/ ٤١، ٤٢، كتاب الطهارة باب الاجتزاء فى الاستطابة بالحجارة دون غيرها، جامع الأصول ٧/ ١٤٣.

(٢) المجموع ٢/ ١٤٤ والمغنى والشرح الكبير ١/ ١٤٤، ١٤٥، والمنثور ٣/ ٢٤٥.

(٣) المجموع ٢/ ١٤٤.

(٤) مراقى الفلاح ص ٢٧ الأشباه والنظائر للسيوطى ٢٠٢.

(٥) اللؤلؤ والمرجان ١/ ٦٧ كتاب الحيض باب المذى الحديث رقم ١٧٥.

(٦) سنن أبى داود ١/ ٥٤، ٥٥ كتاب الطهارة باب المذى الحديث رقم ٢١ قال فى جامع الأصول: وهو حديث حسن جامع الأصول ٧/ ٢٠١.

ووجه الدلالة من الحديث أنه صرح بأن المذى يغسل بالمـاء، لأن الاستجمار شرع على سبيل الترخيص لدفع المشقة، والنادر لا يتكرر، فيتـعين فيه الغسل بالماء، إلحاقًا له بنفسه لا بجنسه(١).

وهذا الاستدلال يمكن حمله على الندب والاستـحباب لا على الوجوب، فلا يمنع جواز الاستجمار بالأحـجار فيما هو نادر، فلا يتيعن الماء، بل يجـوز بالحجر وأما قولهم بأن النادر لا يتكرر فيتعين فيه الغسل بالماء فـهو تخصيص بلا دليل، والأولى قياس النادر على ما اتحد معـه فى المخرج، وعليـه فيجـوز الاستجـمار بالحجـر منه ما لم يتجـاوز المحل، وهذا هو الراجح فيلحق النادر بجنسه، فيجزئ الحجـر فى المذى والودى على ما رجحه السيوطى وهو الأصح(٢).

الفـرع الثـانى: وضوء من له يد زائدة أو وجه أو رجل زائدة فهـل يغسل العضو الأصلى والزائد معًا لأن النادر يلحق بجنسه أو يكتفى بغسل العضو الأصلى دون الزائد، فلا يقاس على جنسه بل يلتحق بنفسه؟.

قال العلماء: إذا لم يعلم الزائد من الأصلى ولم يقـدر على التمييز بينهمـا وجب غسلهما معًـا اتفاقًـا، وكذلك إذا كان العـضو الزائد فى مـحل الفرض كأن خلـقت له يدان أو رجلان إحداهما زائدة والأخرى أصلية وكان منبتهما فى محل الفرض وجب غسل الزائدة لكونها نبتت فى محل الفرض مع الأصلية عملاً بما هو متيقن.

أما إذا لم ينبت العضـو الزائد فى محل الفرض كأن تكون اليـد نابتة فى المنكب والرجل نابتة فى أعلى الفخذ أو فى الركبتين، فإن لم يحاذ منها شىء لمحل الفرض لم يجب غسلها، إلا إذا لم يكن له يد أو رجل سـواها ففى هذه الحـالة يجب غسلها لـكونها قائمـة مقـام اليد الأصلية(٣)، وهذا محل اتفاق بين العلماء وإنما اختلفوا فيما إذا كانت اليد نابتة فى غير محل الفـرض، وكـانت له يد أو رجل أخـرى أصليـة، وحـاذى شىء من الزائدة مـحل الفـرض، والخلاف بينهم فى وجوب غسل الجزء الزائد المحاذى لمحل الفرض أو لا؟ وفيه رأيان:

الــرأى الأول: وجوب غسل الزائد المحاذى لمحل الوضـوء وهو رأى الحنفية والمالكية والصحيح عند الشافعية ومقابل الأصح فى مذهب الحنابلة والزيدية وهو مذهب الإمامية(٤).

---

(١) المغنى والشرح الكبير / ١٤٤.
(٢) الأشباه والنظائر ص ٢٠٢.
(٣) مراقى الفلاح ص٣٦، وحـاشية الدسوقى ١/ ٨٧، والمـجموع ١/ ٤٢١، ومغنى المـحتاج ١/ ٥٢، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٢.
(٤) فتح القدير ١/ ١٠، ومراقى الفلاح ص ٣٦، والمجموع ١/ ٤٢١، والمغنى والشرح الكبير ١/ ١٠٨ وشرائع الإسلام ١/ ٢١، والبحر الزخار ١/ ٦٣.

وقد جاء فى فتح القدير ما نصه: «ولو خلق له يدان على المنكب فالتامة هى الأصلية، يجب غسلها، والأخرى زائدة فما حاذى منها محل الفرض وجب غسله، وما لا فلا»[١].

ومن الأمارات المميزة للزائدة، «أن تكون فاحشة القصر، والأخرى معتدلة، وفقد البطن وضعفه ونقص الأصابع»[٢].

واستدل أصحاب هذا الرأى بأن اليد الزائدة يطلق عليها اسم اليد فتعامل معاملة اليد فيما يوازى محل الفرض فيجب غسل الزائد فى الوضوء لاتحادهما فى الاسم من باب إلحاق النادر بجنسه[٣]، ولمحاذاته لمحل الفرض الواجب غسله[٤]، فكان اشتراك اليد الزائدة فى الاسم مع الأصلية ومحاذاتها لمحل الفرض هما سبب وجوب غسل اليد الزائدة أو الرجل الزائدة، أو غيرهما من كل زائد عن الأصل.

والرأى الثانى: عدم وجوب غسل العضو الزائد حتى ولو كان بعضه محاذيًا لمحل الوضوء، طالما أن منبته ليس فى محل الفرض، وكان العضو الأصلى موجودًا وهو مقابل الأصح عند الشافعية والأصح عند الحنابلة وهو قول مرجوح لدى الزيدية[٥].

قال ابن قدامة: «وإن خلق له إصبع زائدة أو يد زائدة فى محل الفرض وجب غسلها مع الأصلية، لأنها نابتة فيه فأشبهت الثؤلول وهى حبة مستديرة فى حجم الحمصة أو دونها، تظهر على الجلد، وإن كانت زائدة فى غير محل الفرض كالعضد، وهو ما بين المرفق والكتف لم يجب غسلها سواء أكانت قصيرة أم طويلة»[٦].

واستدل أصحاب هذا الرأى بأن منبت العضو الزائد ما دام فى غير محل الفرض فلا يجب غسله إذا كانت اليد أو الرجل الأصلية موجودة قياسًا على شعر الرأس إذا طال ونزل عن الوجه، فإنه لا يجب غسل ما حاذى الوجه وإنما يجب غسل منبت الشعر الملاصق للرأس، فلا يجب غسل الزائدة رجلا أو يدًا ليست أصلاً وإنما نادرة، فلا تجعل تبعًا للأصل ولا تلحق بجنسها.

ويرد على هذا الاستدلال بأن قياس العضو الزائد على شعر الرأس فى عدم وجوب غسله مع العضو الأصلى ولو حاذى محل الفرض قياس مع الفارق، فإن اليد الزائدة اشتركت مع اليد الأصلية فى الإسم بخلاف شعر الرأس، فإنه لا يقصد مسح الشعر وإنما يقصد مسح الرأس، بدليل أنه يجب مسح الرأس على من لم ينبت فى رأسه شعر، فلا يصح قياسه على الوجه أصلاً.

(١) فتح القدير لابن الهمام ١/ ٨٠.
(٢) المجموع ١/ ٤٢١.
(٣) البحر الزخار ١/ ٦٣.
(٤) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ١/ ٥٣.
(٥) المراجع السابقة.
(٦) المغنى والشرح الكبير ١/ ١٠٨.

ومعلوم أن غسل اليـد واجب إلى المرفقين، ومسح الرأس يكفى فـيه مسح بعض الرأس على الأرجح فإذا مسح بعض رأسه، فلا يلزمه مسح الشعر المحاذى للوجه.

والقـول بأن اليد الزائـدة نادرة فلا تلحق بجـنسهـا مردود علـيه بأنهـا ألحـقت بجنسهـا لاشتـراكهـما فى الاسم ولأنهـا نادرة فيكفى غـسل المحـاذى لمحل الفـرض لقوله تـعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَـرَافِقِ﴾ (المـائدة: ٦) وعليه فإنه يلحق النادر بجنسـه فى وجوب غسل الزائد المحاذى لمحل الفرض وهو الراجح.

الفرع الـثالث: قطع اليد زائدة أو أصلية بجناية والأصلية بها شلل فهل يقتص من الجانى بالقطع عدوانًا زائدة كانت اليد أو أصلية وبها شلل؟.

قال العلمـاء: لا قصاص ولا ديـة فى اليد الزائدة أو التى بها شلـل، وإنما الواجب فيـها حكومة أى غرامة يقدرها أهل الخبرة، ولا قصاص فيـها لأن القصاص يشترط فيه المماثلة فى السلامة وعدمها ويشترط أن تقطع الأصلية بالأصلية وهذا متفق عليه[١].

وقد جاء فى الاختـيار قوله: «وفى اليد الشلاء والعين العـوراء، والرجل العرجاء، والسن السوداء، والإصـبع الزائدة... حكومـة عدل[٢]، وعليه فـإن النادر لا يلحق بجنسه، وذلك لعدم المـماثلة المشـروطة فى وجوب القصـاص وإنما يجب فيـها حكومة وهى الغـرامة التى يقدرها أهل الخبرة العدول.

وقد شذ من قال من الحنابلة: لا شىء فى الزائد، لأنهـا عيب، فهى كالسلعة الزائدة[٣]، وهى الغدة التـى تظهر على هيئـة ورم غليظ، وهذه يلزم استـئصـالها وقطعهـا عند الأمن من التلف، فلا يلزم بقطعها شىء، وهو مخالف لما أجمع عليه العلماء الذين قرروا إلحاق عقوبة على من اعتدى على غيره، وتسبب فى إلحـاق الأذى به حتى تصان الحقوق، وتحقن الدماء، ويرتدع الجناة، ويستتب الأمن بين الناس.

الفرع الرابع: إذا تمت الولادة بعد ستة أشهر، وهى أمر نادر جدًا، لأن الغالـب أن الجنين ينزل من بطن أمه بعد تسعـة أشهر قمرية، وقد تزيد أو تنقص أما أن يـخرج الجنين سليمًا من بطن أمه بعد سـتة أشهر فهـذا أمر نادر، ولا يحدث إلا قليلاً، فإذا حـدث فهل يلحق بجنسه فتثبت نسبة الجنين إلى أبيه ويثبت نسبه؟

(١) الأختيار ٥/ ٤٠، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٥٩، والأشـباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٢ والمنور للزركشى ٣/ ٢٤٣، ونيل المـآرب ٢/ ١٢٨، والمغنى والشـرح الكبيـر ٩/ ٦٢٢ وشرائع الإسـلام ٤/ ٢٣٨، والروض النضير ٥/ ٥٨٨، والمحلى ٧/ ٥٣٥.

(٢) الاختيار ٥/ ٤٠.

(٣) المغنى والشرح الكبير ٩/ ٦٢٢.

لا نعلم خلافًا ما بين العلماء فى أنه يعطى حكم الغالب فيلحق نسبه بنسب أبيه[١] وكذلك يلحق نسبه لو أتت المرأة بولد بعد سنتين عند الأحناف أو بعد أربع سنين عند الشافعية أو بعد خمس أو سبع سنين عند المالكية[٢].

والوقائع فى هذا الشأن كثيرة ومتعددة وقامت الأدلة عليها، ومن ذلك ما روى عن قتادة أنه رفع إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن امرأة ولدت لستة أشهر فهمَّ عمر برجمها، فقال على بن أبى طالب: ليس لك ذلك فقد قال تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾ (البقرة: ٢٣٣) ثم قال: ﴿**وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا**﴾ (الأحقاف: ١٥) ولا رجم عليها بنص الآيتين، فإن الآية الأولى نصت على أن مدة الرضاع سنتين والآية الثانية جمعت مدة الرضاع والحمل فى ثلاثين شهرًا، فإذا حذفنا مدة الرضاع من الثلاثين شهرًا بقيت مدة الحمل ستة أشهر، فخلى عمر سبيلها ولم يقم عليها حد الزنا، وعليه فلو أن امرأة أتت بولد لستة أشهر ولحظتين من الوطء، فإن الولد يلحق بأبيه قطعًا وإن كان نادرًا بناء على أن النادر يلحق بجنسه، ولعل السر فى ذلك أن الله تعالى قد شرع لحوق الولد بالزوج إذا أتت به الزوجة لستة أشهر لطفًا من الله بعباده، وسترة عليهم، وحفظًا للأنساب وسدًا لباب ثبوت الزنا ويشهد لذلك ما قد اشترطه الله تعالى فى ثبوت الزنا أن يشهد أربعة على الزنا مجتمعين حتى يبعد ثبوته[٣].

قال الزركشى: إذا أتت به لستة أشهر ولحظتين من زمن الوطء وهما لحظة نزول الحيوان المنوى، ولحظة الولادة، فقد ثبت لحوق الولد بأبيه، وهو الزوج مع أن ذلك نادر جدًا، ولكن الشرع أعمل النادر فى هذه الصورة سترًا للعباد، ولطفًا بهم[٤].

الفرع الخامس: إذا خلقت بنت من غير بكارة، وهى غشاء رقيق فى فتحة فرج المرأة الذى ينزل منه الولد، أو خلقت ببكارة ثم زالت بكارتها بجراحة أو وثبة شديدة، أو حيض شديد أو غير ذلك فهل تعطى حكم الأبكار فيلحق النادر بجنسه أو تعطى حكم الثيب لأنها ليست بها بكارة، والنادر لا يلحق بجنسه؟.

---

(١) الاختيار ٣/ ١٧٩ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٤١٨ وقوانين الأحكام ص٢٤٨، وجواهر الإكليل ٢/ ٥٣١٧ وحاشية القليوبى ٣/ ١٥٧، وكشاف القناع / ٣٥٦، والمغنى والشرح الكبير ٩/ ١١٥، وشرائع الإسلام ٤/ ٤٨.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى، تهذيب الفروق ٣/ ٢٢٩، والفروق ٣/ ٢٠٣.

(٤) المنثور ٣/ ٢٤٣.

لا نعلم خلافًا فى أن هذه البنت تعطى حكم الأبكار[١] وأن النادر يلحق بجنسه فى هذه المسألة وقد جاء فى الاختيار قـوله: «فإن زالت بكارتها بوثبة، أو جراحة أو تعنيس أو حيض فــهى بكر[٢]، ويسرى عليـها ما يسرى على الأبكار من أحـكام، فلو أوصى زيد بثلث ماله للبنات الأبكار من فلان، فإن هذه البنت تستحق من الوصية، شأنها شأن الأبكار.

والسر فى ذلك هو الستر على العباد، لأن الأصل هـو العفة، وعدم الزنا، طالما لم يثبت زناها بالأدلة الشـرعية، قـال الزركشى: «من خلقت بلا بكارة، فـهى داخلة فى حكم الأبكار قطعًا فى الاستئذان من حيث إجـبارها على النكاح، مع أن ذلك نادر جداً ولكن الشارع أعمل النادر فى هذه الصورة، ستراً للعباد»[٣] فالأصل هو العفة وعدم الزنا طالما لم يثبت عليها الزنا بالأدلة الشرعية.

* * *

(١) الاختـيار ٣/ ٩٣، وقوانين الأحـكام ص ٢٠٩ وأسهل المدارك ٢ ص٧١ والأشـباه والنظائر للسـيوطى ص٢٠٢، والمنثور ٣/ ٢٤٣، ونيل المآرب ٢. ١٨ والمـغنى والشرح الكبير ٧/ ٣٨٠، والتمـهيد فى تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص ٢٥٧.

(٢) الاختيار ٣/ ٩٣.

(٣) المنثور ٣/ ٢٤٣.

القاعدة الخامسة عشرة: الجمعة هل هى ظهر مقصورة أو صلاة على حيالها؟

هذه القاعدة من القواعد المختلف فيها، وسبب الخلاف يرجع إلى أن صلاة الجمعة هل فى الأصل ظهر ثم قصرت، فهى ظهر مقصورة أو هى مستقلة عن الظهر، ووقعت بدلاً عنها؟ ولبيان هذا الحكم نقول:

١- ذهب الحنفية إلى أن الجمعة صلاة مستقلة عن الظهر إذ لو كانت ظهرا مقصورة لكان وقتها مبتدئًا من أول وقت الظهر ولكن جوز الحنابلة صلاتها وقت الضحى ووقت صلاة العيدين[١].

ومن الأدلة ما أخرج أحمد وابن ماجه بإسناد حسن عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: «الجمعة ركعتان تمام غير قصر على لسان محمد ﷺ»[٢] ووجه الدلالة أنه ورد التصريح فى هذا الحديث، بأن الجمعة ليست ظهرًا مقصورة، بل هى ركعتان دون قصر، فدل ذلك على أن الجمعة صلاة مستقلة وأنها فرض الوقت، ولو كانت الجمعة ظهرًا مقصورة لاستغنى عنها بصلاة الظهر، ولكن صلاة الظهر لا تغنى عنها إلا لعذر، فدل على أنها صلاة مستقلة[٣].

٢- وذهب بعض المالكية والشافعية فى القديم والظاهرية إلى أن الجمعة ظهر مقصورة وأنها بدل عن الظهر فى يوم الجمعة وليست مستقلة عن الظهر[٤]، فإن المأموم إذا لم يدرك الركوع مع الإمام فى الركعة الثانية، فإنه يتمها ظهرًا، ولو كانت صلاة الجمعة مستقلة عن الظهر لما ترتب على فواتها شيء.

وأخرج ابن حجر الهيثمى عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك من الجمعة ركعة فليضف إليها أخرى، ومن فاتته الركعتان فليصل أربعًا»[٥].

والصحيح أن الجمعة لو كانت ظهرًا مقصورة كما ذهب إلى هذا أصحاب المذهب الثانى

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨٠، وفتح القدير لابن الهمام ١/ ٤٠٧، وبلغة السالك ١/ ٣٧٠، ٣٧١، ومغنى المحتاج ١/ ٢٧٦، والمقنع ١/ ٢٤٤.

(٢) مسند أحمد ١/ ٣٧، وسنن ابن ماجه ١/ ٣٣٨، كتاب إقامة الصلاة باب تقصير الصلاة فى السفر حديث رقم ١٠٦٤.

(٣) المجموع ٤/ ٤٠٢.

(٤) حاشية الدسوقى ١/ ٣٧٣، والمجموع ٤/ ٤٠٢، والمحلى ٣/ ٤٥.

(٥) مجمع الزوائد ٢/ ١٩٢، كتاب الصلاة، باب فيمن أدرك من الجمعة ركعة.

لما أثم المكلف بتركها مع فعل الظهر أربع ركعات، فلو صلى الظهر أهل بلد مع بقاء الوقت لم تسقط الجمعة عنهم، لأنهم صلوا ما لم يخاطبوا به، وتركوا ما خوطبوا به، كما لو صلوا العصر مكان الظهر فتلزمهم الجمعة إذا بقى وقتها، فأما إذا فات وقت الجمعة فإنه يصير الفرض إلى الظهر لأن الجمعة لا يمكن قضاؤها، لأنها لا تصح إلا بشروطها، ولا يوجد ذلك فى قضائها فتعين المصير إلى الظهر عند عدمها، وهذا حال البدل[١]، فكانت الجمعة صلاة مستقلة وأما الظهر فهو بدل عنها.

فروع القاعدة:

ترتب على كون الجمعة ظهراً مقصورة أو هى فرض الوقت وأنها مستقلة عن الظهر اختلاف فى الأحكام الفقهية ومنها:

١- لو نوى من يصلى الجمعة الظهر مقصورة فهل تصح صلاته؟

قال الإمام السيوطى فى بيان هذا الحكم[٢]: إن قلنا: الجمعة صلاة مستقلة، فلا تصح صلاته، بل لا بد من نية الجمعة، وإن قلنا: إن الجمعة ظهر مقصورة فوجهان:

الأول: تصح جمعته لأن الصلاة التى نوى حقيقتها أصلها ظهر مقصورة.

الثانى: لا تصح جمعته لأن المقصود من النيات هو التمييز بين العبادات، وإذن فلا بد من نية الجمعة فلو نوى ظهراً مقصورة لم تصح[٣].

هذا إذا نوى من يصلى الجمعة الظهر مقصورة، أما إذا نواها جمعة فهل يشترط لصحتها نية القصر على القول بأنها ظهر مقصورة؟.

قال الإمام السيوطى وغيره من فقهاء الشافعية فى هذه المسألة وجهان:

الوجه الأول وهو الصحيح، لا يشترط نية القصر، لأن الشرع هو الذى أوجبها مقصورة فلا محل للنية، فإن النية فى هذا المحل كعدمها.

والوجه الثانى: يشترط نية القصر، لأن الأصل هو الإتمام، وهذا ضعيف غير معدود فى المذهب، وبهذا قال الإمام النووى[٤]: أما لو نوى الظهر مطلقاً من غير تعرض للقصر ولا للإتمام لم تصح صلاته بلا خلاف.

٢- لو اقتدى المسافر فى صلاة الظهر بمن يصلى الجمعة... فهل تصح صلاة المسافر الذى يصلى الظهر مقصورة خلف من يصلى الجمعة؟

يختلف الحكم بناء على ما إذا كانت الجمعة ظهراً مقصورة أو هى صلاة مستقلة وفرض

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٢/ ١٩٧، ١٩٨.

(٢) الأشباه والنظائر ص ١٨٠.

(٣) المجموع ٤/ ٤٠٣، ٤٠٤.

(٤) الأشباه والنظائر ص١٨٠ والمجموع ٤/ ٤٠٤.

الوقت وليست بدلاً عن الظهر، فإن قلنا: الجمعة ظهر مقصورة فله القصر وصلاته صحيحة[١]، لأنه صلى ظهرًا مقصورة خلف إمام نوى ظهرًا مقصورة فاتحدت نية الإمام مع نيته، أما إذا قلنا بأن الجمعة صلاة مستقلة، فهل تصح صلاته؟ وهل يشترط اتحاد نية الإمام والمأموم فى نوع الفريضة؟.

فى هذه المسألة اتجاهان:

الاتجاه الأول: يشترط اتحاد نية الإمام والمأموم، فلا تصح صلاة من ينوى العصر خلف من ينوى الظهر، ولا تصح صلاة من ينوى الجمعة التى هى صلاة مستقلة خلف مسافر نوى الظهر مقصورة أو العكس وهذا مذهب الحنفية والمالكية وقول للشافعية، والحنابلة واختاره الإباضية[٢].

وقد احتج أصحاب هذا الرأى بما أخرجه مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة ﷺ أن النبى ﷺ قال: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه» فدل الحديث بعمومه على وجوب موافقة المأموم للإمام فى كل أفعال الصلاة وأركانها، ومنها موافقته فى النية[٣]، «فالاقتداء شركة فى التحريمة، وموافقة فى الأفعال، ولا شركة ولا موافقة إلا عند اتحاد ما تحرما له وفعلاه[٤]».

الاتجاه الثانى: لا يشترط اتحاد نية الإمام والمأموم، طالما أن هيئة المصلين متحدة وهو مذهب الأوزاعى وأبى ثور، وابن المنذر، وهو الراجح فى مذهب الشافعية ورواية فى مذهب أحمد[٥]، وحجتهم فى ذلك، ما أخرجه البخارى عن جابر بن عبد الله ﷺ: «أن معاذ بن جبل ﷺ كان يصلى مع النبى ﷺ ثم يرجع، فيؤم قومه»[٦] ووجه الدلالة أن معاذًا ﷺ كان يصلى الفريضة فى جماعة ثم يرجع فيؤم قومه، فيصلى نفلاً، وهم يصلون خلفه فرضًا، ولم ينكر النبى ﷺ ذلك عليه مع أنه قد اختلفت نية الإمام والمأموم، فدل على عدم اشتراط اتحاد نية الإمام والمأموم سواء أكانت فى نوع الفريضة أم فى حكمها[٧]، وعليه فتصح صلاة من صلى الظهر مقصورة خلف من يصلى الجمعة، ومن يصلى الظهر بمن يصلى

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨٠.

(٢) الاختيار ١/ ٦٠ والمبسوط ١/ ٢٤٩، وحاشية الدسوقى ١/ ٢٤٩، ومغنى المحتاج ١/ ٢٧٧، والمغنى والشرح الكبير ٢/ ٤٢٠.

(٣) المغنى والشرح الكبير ٢/ ٥٢.

(٤) شرح العناية على الهداية ١/ ٢٦٣.

(٥) مغنى المحتاج ١/ ٢٥١، ٢٥٢، والمغنى والشرح الكبير ٢/ ٥٢، ٥٣ والمقنع ١/ ٢٠٩، ٢١٠.

(٦) صحيح البخارى ١/ ١٢٩ كتاب الأذان باب إذا طول الإمام وكان للرجل حاجة فخرج فصلى.

(٧) المغنى والشرح الكبير ٢/ ٥٢.

العصر، ومن يصلى الفرض بمن يصلى النفل فكل ذلك جائز ولكل نية نفسه، ألا ترى أن الإمام يسبق الرجل بثلاث ركعات، ويكون فى الركعة الأخيرة فيجزئ أن يصليها معه وهى أول صلاته(١)؟.

وأما قوله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه» فلا يعارض ذلك، لأن المراد به، فلا تختلفوا عليه فى الأفعال، بدليل قوله ﷺ فى باقى الحديث: «... فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا سجد فاسجدوا وإذا صلى جالسًا، فصلوا جلوسًا أجمعين»(٢).

قال ابن حجر فى الفتح: «والائتمام: الاقتداء والاتباع، أى جُعل الإمام إمامًا، ليقتدى به، ويتبع، ومن شأن التابع ألا يسبق متبوعه، ولا يساويه ولا يتقدم عليه فى موقفه، بل يراقب أحواله، ويأتى على أثره بنحو فعله، وعليه فتكون متابعة الإمام واجبة فى الأفعال الظاهرة، بخلاف النية فإنها لم تذكر، وقد خرجت بدليل آخر، وهو حديث معاذ ﵁ حين كان يصلى بقومه وهو متنفل فى صلاته، وهم يصلون الفريضة خلفه، وقد ورد فى بعض روايات الحديث: «وهى له تطوع» وهذا هو الراجح لأنهما صلاتان اتفقتا فى الأفعال المعهودة، وإنما اختلف الوقت، وهذا غير مؤثر(٣).

٣- إذا خرج وقت الجمعة فى أثناء الصلاة، بأن يكون وقت العصر قد دخل ولم ينتهوا بعد من صلاة الجمعة فهل يتمونها جمعة أو يتمونها ظهرًا، أو يستأنفون صلاة الظهر بنية جديدة؟(٤) وفى هذه المسألة قال أهل الفقه.

إذا خرج وقت الجمعة قبل أدائها، يستأنفون الظهر بنية جديدة، ولا يبنون على ما سبق لاختلاف الظهر والجمعة وهو مذهب الحنفية وقول للشافعية ووجه للحنابلة(٥).

وقال غيرهم: يستمرون فى صلاتهم بدخول وقت العصر، ويتمونها ظهرًا، ولا يحتاجون إلى تجديد نية للظهر، فيحسب لهم ما أدركوه من الجمعة، وبهذا قال المالكية وهو الراجح عند الشافعية وأحد الوجهين عند الحنابلة(٦).

ومن ثم فلا يرى أصحاب هذا الرأى ضرورة استئناف نية الظهر، وإنما يرون إلحاق الدوام

---

(١) الأم للشافعى ١/ ١٥٣.

(٢) صحيح مسلم ١/ ٣٠٨، كتاب الصلاة باب ائتمام المأموم بالإمام.

(٣) حاشية الروض المربع للنجدى ٢/ ٣٢٨، ٣٢٩.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨٠.

(٥) فتح القدير ١/ ٤١٣ ومغنى المحتاج ١/ ٢٧٩، والمغنى والشرح الكبير ٢/ ١٦٤.

(٦) حاشية الدسوقى ١/ ٣٧٣، وشرح الشرقاوى ص ٥٤ والمغنى والشرح الكبير ٢/ ١٦٤.

بالابتداء، إذ لو استأنفوا لكانت صلاة الظهر لهم قضاء، أما لو بنوا فإن صلاتهم للظهر تعتبر أداءً، فقد أدركوا منها ركعة قبل دخول وقت العصر، ولا تبطل هذه الركعة بالبناء[(١)].

وعلل ذلك النووى بقوله: «فإن دخل فيها أى الجمعة فى وقتها، ثم خرج الوقت، لم يجز فعل الجمعة، لأنه لا يجوز ابتداؤها بعد خروج الوقت، فلا يجوز إتمامها كالحج، ويتم الظهر، لأنه فرض ردَّ من أربع إلى ركعتين بشرط يختص به، فإذا زال الشرط أتم، كالمسافر إذا دخل فى الصلاة ثم قدم فإنه يتم»[(٢)].

وبما أن الجمعة والظهر صلاتان فى وقت واحد، فإنه يجوز بناء أطولهما على أقصرهما، كصلاة الحضر مع السفر وهذا هو الراجح.

وأما قول من منع البناء وأوجب استئناف النية لصلاة الظهر، فإنهم اعتبروا الجمعة والظهر صلاتان مختلفتان، فلا تبنى إحداهما على الأخرى، كالظهر والعصر[(٣)]، فوجب استئناف النية لصلاة الظهر، وهذا غير مسلم به، فإن الجمعة إذا كانت تختلف عن صلاة الظهر، فإنهما يتوافقان فى وقتهما المحدد لهما.

ومن ناحية أخرى، فإن صلاة الجمعة تُسقط صلاة الظهر، وصلاة الظهر تجزئ عند تعذر الجمعة، بخلاف الظهر والعصر، فإن وقتهما مختلفان، ولا تجزئ إحداهما عن الأخرى.

وقولهم فى منع البناء ووجوب استئناف النية لصلاة الظهر لأنه لا يصح بناء فرض على تحريمة فرض آخر، فيجاب عليه بأنه قد صح بناء العمرة على تحريمة الحج إذا تعذر إتمامه فكذلك يصح بناء الظهر على الجمعة دون استئناف نية جديدة، لا سيما أن البناء لا يبطل ما تم فعله من الصلاة مع احتساب الظهر أداءً لا قضاءً، وهو الأولى من بطلانه، وابتدائه قضاء، فيكون الراجح هو البناء حتى عند القائلين بأن الجمعة صلاة مستقلة، فقد رجحوا بناء الظهر على الجمعة إذا خرج وقتها وهم يؤدونها بناء على النية الأولى مع أنه صح عندهم أنها صلاة مستقلة، وعليه فالأصح البناء[(٤)].

٤- جمع العصر مع الجمعة فى حال السفر، فإذا كان مسافرًا وصلى الجمعة فهل يجوز له أن يجمع العصر مع الجمعة؟.

قال العلائى: «يحتمل تخريجه على هذا الأصل، فإن قلنا: الجمعة صلاة مستقلة لم يجز له ذلك، وإلا جاز، ولكن الخلاف فى هذا الفرع لا ينبنى على أصل هذه القاعدة، فقد نقل

---

(١) روضة المحتاجين ص ١٩٩. (٢) المهذب ١/ ١١١.
(٣) شرح العناية ١/ ٤١٣، والمغنى والشرح الكبير ٢/ ١٦٤.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨٠.

الشربينى الخطيب، جواز جمع العصر مع الجمعة دون أن يذكر خلافًا فقال: «والجمعة كالظهر فى جمع التقديم كجمعهما بالمطر، بل أولى، ويمنع جمع التأخير، لأن الجمعة لا يتأتى تأخيرها عن وقتها»(١).

فلو دخل المسافر قرية فى طريقه يوم الجمعة، فالأفضل فى حقه الظهر، فلو صلى الجمعة جاز له أن يجمع العصر معها تقديمًا، دون النظر إلى اعتبار كون الجمعة ظهرا مقصورة أو صلاة مستقلة لما فى ذلك من التخفيف والتيسير على المسافر، لأن الجمعة تغنى عن الظهر، ووقتها وقته.

* * *

(١) مغنى المحتاج ١/ ٢٧١، ٢٧٢.

القاعدة السادسة عشرة: الصلاة خلف المحدث المجهول الحال إذا قلنا بالصحة، هل هى صلاة جماعة أو انفراد؟:

وجهان: والترجيح مختلف فى الفروع(١).

موضوع القاعدة أن يصلى شخص خلف إمام تيقن أو غلب على ظنه أنه متطهر، ثم تبين ان إمامه كان محدثًا، فهل تبطل صلاة المأموم ببطلان صلاة الإمام؟ أو أن صلاته صحيحة، وإذا كانت صحيحة فهل هى جماعة أو أنفراد؟ هذه المسألة محل نظر بين الفقهاء وبيان ذلك فيما يلى:

١- قال المالكية فى رواية، والشافعية فى أحد الرأيين، والحنابلة والظاهرية والإمامية والإباضية إن صلاة المأموم صحيحة إن جهل أو نسى حدث إمامه(٢)، واستدلوا لذلك بالسنة والآثار.

أما السنة فمنها:

١- ما أخرجه البخارى عن أبى هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «يصلون بكم فإن أصابوا فلكم، وإن أخطأوا فلكم وعليهم»(٣).

٢- ما أخرجه ابن ماجه فى سننه أن سعد بن سعد الساعدى كان يقيم فتيان قومه يصلون بهم، فقيل له تفعل ذلك ولك من القدم ما لك؟ قال: إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الإمام ضامن، فإن أحسن فله ولهم، وإن أساء فعليه ولا عليهم»(٤).

ووجه الدلالة أن كلا من الحديثين قد صرح بأن خطأ الإمام لا يلحق المأموم ولا يتحمله، وهذا يعنى أن الإمام لو كان محدثا، والمأموم يجهل ذلك، فإن صلاته صحيحة.

وأما الآثار، فاستدلوا منها بما روى أن عمر ﷺ صلى بالناس الصبح ثم خرج فوجد فى ثوبه احتلامًا، فأعاد، ولم يعد الناس، وروى عن عثمان مثل ذلك(٥).

٢- وقال أبو حنيفة والزيدية(٦) بعدم صحة صلاة الإمام والمأمومين وتجب إعادة الصلاة مطلقًا دون تفرقة بين الناسى وغيره.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١.

(٢) بلغة السالك ١/ ٣٢٧، الأم ١/ ١٤٨ المقنع ١/ ٢٠٧ شرائع الإسلام ١/ ١٢٥ شرح النيل ٢/ ٢٠٦ والمحلى ٣/ ٤٠٢.

(٣) صحيح البخارى ١/ ١٢٨، ١٢٩، كتاب الصلاة باب إذا لم يقم الإمام وأتم من خلفه.

(٤) سنن ابن ماجه ١/ ٣١٤ كتاب الصلاة باب ما يجب على الإمام الحديث رقم ٩٨١، قال محقق الكتاب: وفى إسناده عبد الحميد، وقد اتفقوا على ضعفه.

(٥) المقنع ١/ ٢٠٧.

(٦) فتح القدير ١/ ٢٦٥ والروض النضير ٢/ ٢٠٢.

ومنشأ الخلاف كما قال ابن رشد يرجع إلى أن صلاة المأموم هل هى مترابطة بصحة صلاة الإمام أو ليست مرتبطة بها؟ فمن لم يرها مرتبطة قال بصحتها، ومن رآها مرتبطة بصلاة الإمام قال هى فاسدة.

واستدلوا بالسنة والقياس والمعقول.

أما السنة فبما رواه أحمد وأبو داود عن أبى بكرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «دخل فى صلاة الفجر فأومأ بيده أن مكانكم، ثم جاء ورأسه يقطر أى من ماء الغسل، فصلى بهم فلما قضى الصلاة قال: إنما أنا بشر مثلكم وإنى كنت جنبًا»[١].

وأما القياس فهو أن الإمام صلى وهو محدث فأشبه ما لو علم فتبطل فى الحالين دون فرق بينهما إذا كان ناسيًا أو عالمًا[٢].

وأما المعقول فهو أن صلاة المأموم متعلقة بصلاة الإمام صحة وفسادًا، ولهذا يلزم المأموم سهو إمامه، ويكتفى بقراءته لو أدركه فى الركوع، وإذا كان الأمر كذلك كانت صلاة المأموم متعلقة بصلاة الإمام، وتفسد بفسادها[٣].

والأصح الأول الذى يرى صحة صلاة المأموم لأن المأموم لا يتحمل فساد صلاة الإمام، فإذا صلى خلف من يظنه متطهرًا ثم بان أنه محدث، فصلاته صحيحة.

قال ابن حزم: «لأن الله تعالى لم يكلفنا معرفة ما فى قلوب الناس، وقد قال رسول الله ﷺ: «لم أبعث لأشق على قلوب الناس، وإنما كلفنا الله ظاهر أمرهم»[٤] فمن صلى خلف من يظنه مسلمًا أو بالغًا، فبان كافرًا أو غير بالغ، فصلاته صحيحة وتامة، لأنه لا سبيل إلى معرفة ذلك مسبقًا، وإلا لوقع الناس فى حرج، وهو مرفوع عن الأمة قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحج: ٧٨) فيكون الجهل بحدث الإمام عذرًا، وتكون صلاة المأموم صحيحة والفرع مستثنى من قاعدة: «لا عبرة بالظن البين خطؤه»[٥] لصحة الأدلة التى تقضى بصحتها ولأن ذلك مما يخفى غالبًا، ولأن العادة جرت بأنه إذا حضرت الصلاة أن يؤم بعضنا بعضًا فى ظاهر أمره، ومن فعل ذلك فقد صلى كما أمره الله تعالى.

وإذا قلنا بصحة هذه الصلاة بالنسبة للمأموم فهل هى جماعة أو منفردة؟ من خلال النظر فى الأدلة يتبين أن هذه الصلاة ما دامت قد ثبتت صحتها فهى جماعة، ويحصل للمأموم بها

---

(١) مسند أحمد ٢/ ١١١ شرح سنن أبى داود ١/ ٦٠.

(٢) فتح القدير ١/ ٣٦٥، مجمع الأنهر ١/ ١١٢.

(٣) الاختيار لتعليل المختار ١/ ٦٠.

(٤) المحلى ٣/ ٤٠٢.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٧٤.

ثواب الجماعة وهو مذهب الشافعية فى أحد الوجهين ومذهب الحنابلة والظاهرية وبعض الإباضية[١]، وإذا كان ليست هناك أمارة تدل على حدث الإمام، فلا تلزمه الإعادة، ويحصل له ثواب الجماعة، لأنه ائتم بإمام يظنه متطهرًا، فلا يضر كونه فى الباطن محدثًا[٢].

وأما من قال بأنه لا يحسب للمأموم ثواب الجماعة بل هى منفردة فذلك لأن الجماعة تحصل بطريقين وهما الإمام والمأموم، فإذا بان حدث الإمام تخلف أحد الطريقين فى الجماعة فبطلت الجماعة، وإن عدت الصلاة صحيحة.

قال الشربينى فى بيان شروط صحة الجمعة: «لو بان الإمام جنبًا أو محدثًا، صحت جمعتهم فى الأظهر إن تم العدد بغيره كما فى سائر الصلوات، والثانى: لا تصح لأن الجماعة شرط فى صحة الجمعة، والجماعة تقوم بالإمام والمأموم، فإذا بان الإمام محدثًا، بان أن لا جمعة له، ولا جماعة[٣]، ومع هذا فالقول بصحة الصلاة والجماعة هو الذى يتفق مع يسر الشريعة ويتحقق به رفع الحرج.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع تنبنى على حكم الصلاة خلف الإمام المحدث هل هى صحيحة أو لا؟ وإذا كانت صحيحة فهل تعد جماعة أو انفرادًا؟.

الفرع الأول: إذا تم العدد بغير الإمام المحدث المجهول الحدث فى صلاة الجمعة هل تصح الجمعة؟ رجح الإمام السيوطى صحة الجمعة خلف الإمام المحدث فقال: «لو كان فى الجمعة مصلون خلف إمام محدث مجهول الحال وتم العدد بغيره إن قلنا: إن صلاتهم صحيحة جماعة صحت، وإلا فلا»[٤].

وهو رأى النووى، فقد قال: «لو بان إمام الجمعة محدثًا، وتم العدد بغيره، فجمعة المأمومين صحيحة على الصحيح[٥]، لأن العدد وجد، وكان الإمام زائدًا على العدد، وحدث الإمام لا يمنع صحة الجمعة، كما لا يمنع صحة الجماعة فى سائر الصلوات[٦]، فإذا لم يتم العدد إلا بالإمام المحدث فى الجمعة فلا تصح الجمعة لنقصان العدد، لا لأنها خلف إمام محدث، وهذا عند الشافعية، ويرى الحنفية عدم صحة الجمعة لو بان الإمام جنبًا أو محدثًا حدثًا أصغر حتى لو تم العدد بغيره، وهو مخرج على رأى من قال ببطلان هذه الصلاة من

---

(١) المراجع السابقة نفسها.
(٢) روضة المحتاجين ص١٦٦.
(٣) معنى المحتاج ١/ ٢٨٤.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٨١.
(٥) المجموع ٤/ ١٥٥.
(٦) المهذب ١/ ٩٧، مغنى المحتاج ١/ ٢٨٤.

حيث أصلها، فمن أمّ قومًا ثم ظهر أنه كان محدثًا أعاد صلاته وأعاد من صلى خلفه فى هذه الصلاة فإذا بان أن الإمام كان محدثًا، بان أن صلاته باطلة، ولا صلاة له ولا جماعة لغيره ولا جمعة[(١)]، والصحيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول الذى يرى صحة الجمعة لمن صلى خلف الإمام المحدث المجهول الحال طالما أن العدد تم بغيره نظرًا لاعتقاده ولعدم نسبة التقصير إليه، ولأنه قد لا يستطيع أن يعيدها فى جماعة أخرى ومن ثم فتحصل له الجمعة، وينال فضيلتها، وفضيلة غيرها من سائر الصلوات التى تؤدى فى جماعة نظرًا لاعتقاده حصولها[(٢)].

الفرع الثانى: سهو الإمام وسهو المأموم:

الأصل إن الإمام إذا سها، فسهوه سهو للمأموم، فإذا سها فى صلاته سجد للسهو ووجب على المأمومين أن يسجدوا مع إمامهم للسهو الذى حدث من الإمام.

وأما إذا سها المأموم، فإنه لا يسجد لسهو نفسه خلف الإمام، لأنه يتحمل عنه السهو الذى حدث منه، ودليل ذلك ما روى عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبى ﷺ قال: «الإمام ضامن»[(٣)] وروى أن معاوية رضي الله عنه «شمت العاطس سهوًا - أى قال له يرحمك الله - وهو خلف النبى ﷺ، ولم يسجد ولا أمره النبى ﷺ بالسجود»[(٤)] فعلم من ذلك أن الإمام إذا سها فعليه وعلى من خلفه سجود السهو.

لما أخرجه البخارى فى صحيحه عن أبى هريرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا، وإذا ركع فاركعوا»[(٥)].

أما سهو المأموم خلف الإمام، فإن الإمام يتحمله، فقد أخرج الدارقطنى عن عمر رضي الله عنه عن النبى ﷺ قال: «ليس على من خلف الإمام سهو فإن سها الإمام فعليه وعلى من خلفه السهو»[(٦)].

والفرق بين سهو الإمام وسهو المأموم أن المأموم لو سها فسجد فقد خالف إمامه، وإن

---

(١) شرح العناية ١/ ٢٦٥، السراج الوهاج / ٨٧، مغنى المحتاج ١/ ٢٨٤.
(٢) المجموع ٤/ ١٥٤، ١٥٥.
(٣) موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان ص ١٠٨ كتاب الصلاة باب الإمامة.
(٤) والحديث رقم ٣٦٢ مغنى المحتاج ١/ ٢١٠.
(٥) صحيح البخارى ١/ ١٣٤، ١٣٥ كتاب الأذان باب إيجاب التكبير وافتتاح الصلاة.
(٦) سنن الدارقطنى ١/ ٢٩٥ كتاب الصلاة الحديث رقم ١٣٩٨ قال المحقق لكتاب السنن: وفى سنده خارجة بن مصعب، وهو ضعيف.

سجد الإمام سهو المأموم فقد خالف، وجعل نفسه تابعًا الإمام، أما سهو الإمام وسجوده، فإن المأموم يسجد تحقيقًا للموافقة مع الإمام، ونفيًا للمخالفة.

وهذا كله إذا كانت صلاة الإمام تامة وصحيحة دون حدوث خلل مؤدٍّ لبطلان صلاته، أما إذا أحدث الإمام وسها، أو سها المأمومون ثم علموا حدث إمامهم قبل الفراغ وفارقوه، فهل يسقط سجود السهو عن المأمومين؟ الصواب أن الإمام إذا بان محدثًا، فلا يسقط سجود السهو عن المأمومين، لأن هذا الإمام لا يقوى على تحمل التقصير الواقع من المأمومين لفساد صلاته، فعليهم أن يسجدوا لسهوهم خلف الإمام المحدث إذا علموا حدثه قبل الفراغ وفارقوه، إذ لا قدرة حقيقية لهذا الإمام حال السهو(١)، وأما الصلاة فتحسب جماعة، والجماعة واقعة من حيث الفضيلة وحصول الصواب فقط لا من حيث تحمل الإمام التقصير الواقع من المأمومين، لأن هذا لا بد فيه من مطابقة باطن الأمر وظاهره(٢).

وقال النووى فى المجموع: يسجدون لسهو الإمام ولا يسجدون لسهو أنفسهم فإذا سها الإمام المحدث، وعلموا حدثه قبل الفراغ وفارقوه، أو سها بعضهم، ولم يسه الإمام فإن قلنا: صلاتهم جماعة، سجدوا لسهو الإمام لا لسهوهم، وإذا قلنا: ليست جماعة سجدوا لسهوهم لا لسهوه(٣).

فقد بنى الإمام النووى رأيه على أن صلاتهم اعتبرت جماعة وعليه فيلزمهم متابعة الإمام لما حصلت به الجماعة فيسجدون لسهوه، ولا يسجدون لسهوهم لئلا يخالفوه، والأول أقوى، فلا يلزمهم السجود لسهو الإمام الذى بان محدثًا وإن اعتبرت صلاتهم جماعة، لأنها لم تعتبر من كل وجه، وإنما اعتبرت من حيث حصول ثوابها، نظرًا لعدم تقصيرهم، لا من حيث التحمل، لأن هذا الأمر لا بد فيه من مطابقة باطن الأمر لظاهره.

الفرع الثالث: متى يدرك المسبوق الركعة مع الإمام؟

ليس هناك من شك فى أن المسبوق متى أتى بتكبيرة الإحرام قائمًا مستقبل القبلة وأدرك الإمام راكعًا واطمأن معه فى الركوع فقد أدرك الركعة مع الإمام لما أخرجه الحاكم وصححه من حديث أبى هريرة ﷺ مرفوعًا أن رسول الله ﷺ قال: «إذا جئتم إلى الصلاة ونحن سجود فاسجدوا، ولا تعدوها شيئًا، ومن أدرك الركعة أى الركوع فقد أدرك الصلاة».

وقد فسر العلماء الركعة بالركوع، وهذا فيمن صلى خلف إمام صلاته صحيحة أى مع

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١. (٢) فتح الجواد ١/ ١٢٧.
(٣) المجموع ٤/ ١٥٥.

إمام ليس بمحـدث، ولم يرتكب ما يفسد صلاته، أما إذا صلى خلف الإمـام الذى بان محدثًا فهل إذا أدركه فى الركوع تحسب له الركعة ويتحمل عنه قراءة الفاتحة؟

نقول: إن الركعة لا تحسب للمأمـوم إذا أدرك الإمام فى الركوع مع الإمام المحدث الذى بان حدثه، وهو رأى للشافعية، فقـد قال الشربينى الخطيب: «ومن لحق الإمام المحدث الذى بان حدثه راكعًـا لم تحسب ركعتـه على الصحيح»[١] وذلك لعدم أهلية الإمام لتـحمل القيام والفاتحة عنه، لكنه إذا أدرك معه قراءة الفاتحـة، حسبت له الركعة، لأن الإمام لم يتحمل عنه شيئًا[٢].

ومقابل الصـحيح تحسب الركعة للمـأموم الذى أدرك مع الإمام المحدث الركوع قـياسًا على ما لو أدرك معه كل الركعة، وحسبان الصلاة جماعة يقتضى حسبان الركعة[٣]، والراجح الأول فلا تحسب الركعة للمأموم لأن الإمام فى حاجة إلى من يتحمل عنه، فكيف يتحمل هو عن المأموم؟ أما احتساب الجماعة للمأموم فهذا مسلم به، ومن ثم فيحصل له ثواب الجماعة نظرًا لعدم تقصيره، وخفاء ذلك عليه غالبًا.

* * *

---

(١) مغنى المحتاج ١/ ٢٨٤.
(٢) شرح الجلال المحلى على المنهاج للإمام النووى ١/ ٢٧٧ مغنى المحتاج ١/ ٢٨٤.
(٣) مغنى المحتاج ١/ ٢٨٤ السراج الوهاج ١/ ٨٧ الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١.

القاعدة السابعة عشرة: من أتى بما ينافى الفرض، دون النفل فى أول الفرض أو فى أثنائه بطل فرضه ولكن هل تبقى صلاته نفلاً، أو تبطل؟(١).

وجوه المسألة أن ينوى شخص الظهر أو العصر ويصلى جالسًا وهو قادر على القيام، فهل يبطل ما صلاه مطلقًا لأنه أتى بما ينافى الفرض حيث قد أحرم بالظهر أو العصر وصلى جالسًا وهو قادر على القيام أو تحسب له هذه الصلاة نافلة؟

وبيان ذلك أنه إذا أتى شخص فى صلاة الفرض بما ينافى الفرض ويخالفه دون النفل كأن يحرم بالظهر أو العصر جالسًا وهو قادر على القيام فإن ما صلاه يبطل مطلقًا لمنافاته لنيته، ولأنه صلى جالسًا وهو قادر على القيام فى الفرض، فلا تنعقد صلاته لما روى أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قمت إلى الصلاة فكبر» وحيث قد ورد الأمر فى الحديث بتكبيرة الإحرام، فمن تركه فلم يصل كما أمر ﷺ فتبطل صلاته لأنه ترك القيام وهو ركن وليس شرطًا خارجًا عنها.

قال فى مغنى المحتاج: «أو أتى بما ينافى الفرض دون النفل كأن أحرم القادر على القيام بالفرض قاعدًا، أو أحرم به قبل الوقت عامدًا عالمًا، لم تنعقد صلاته لتلاعبه»(٢) وهذا هو أحد القولين للشافعية وقال به محمد بن الحسن من الحنفية وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإباضية(٣).

أما من قال: إن تكبيرة الإحرام فى الصلاة شرط وليست ركنًا فذلك مستفاد من دخول الفاء عليه فى قوله تعالى: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾ (المدثر: ٣) فإنها دخلت لتدل على معنى الشرط، فكأنه قيل: على أى شىء كان فلا تدع تكبيره سبحانه وتعالى، والمراد بالتكبير هنا بإجماع المفسرين هو تكبيرة الإحرام لأن الأمر للوجوب وفى غير الصلاة لا يكون التكبير واجبًا، فتعينت تكبيرة الإحرام للوجوب ضرورة(٤).

وجاء فى قصة المسىء صلاته قوله ﷺ: «لا تتم صلاة أحدكم حتى يتوضأ، فيضع الوضوء مواضعه ثم يكبر»(٥) فقوله ﷺ «لا تتم صلاة أحدكم» فيه ما يدل على نفى تمام الصلاة، ونفى التمام يستلزم نفى الصحة وهو الظاهر لأننا متعبدون بصلاة لا نقصان فيها.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١. (٢) مغنى المحتاج ١/ ١٤٨.
(٣) مغنى المحتاج ١/ ١٤٨، مجمع الأنهر ١/ ٨٦ قوانين الأحكام ص٦٥ المغنى والشرح الكبير ١/ ٥٠٦ الروضة الندية ١/ ٨٥ شرح النيل ٢. ١٢٤ المحلى ٣/ ١٦٩.
(٤) تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١٠. ٧٠٩٩، ٧١٠٠ وشرح العناية على الهداية ١/ ١٩٢.
(٥) سنن أبى داود ١/ ٢٢٦ كتاب الصلاة والحديث رقم ٨٥٧ - ٨٦١.

فالناقصة غير صحيحة، ومن ادعى صحتها فعليه الدليل، لأن الانتقاص يستلزم عدم الصحة، ولا نسلم أن ترك مندوبات الصلاة ومسنوناتها انتقاص منها، لأنها أمور خارجة عن ماهية الصلاة، فلا يراد الإلزام بها، وكونها تزيد فى الثواب لا يستلزم أنها منها، كما أن الثياب الحسنة تزيد فى جمال الذات وليست منها[١].

وهذه الأدلة لا تفيد صراحة أن تكبيرة الإحرام شرط بل إن أقصى ما تفيده وجوب تكبيرة الإحرام، والوجوب أعم من الشرط والركن، والدال على العام لا يدل على الخاص بخصوصه إلا بقرينة، ولا قرينة هنا تدل على خصوص الشرطية، بل القرينة هنا تدل على الركنية وهى كون تكبيرة الإحرام عديمة الشبه بشروط صحة الصلاة، وشبيهة بأركانها وهذا يدل على أنها ليست بشرط لعدم شبهها بالشرط بل هى ركن أى جزء من أجزاء الصلاة، ومن أخل بها ولم يأت بها على الوجه الذى شرعه الله بطلت صلاته، وهذا هو الراجح.

فروع القاعدة:

يختلف الأثر الفقهى لكل فرع على حدة ولهذا قال السيوطى: والترجيح مختلف فى الفروع.

الفرع الأول: أن يحرم شخص بفرض، فأقيمت جماعة، فسلم من ركعتين ليدركها، فهل تنعقد الركعتان نفلاً أو تبطل صلاته بالركعتين، قال السيوطى: وإذا أحرم بفرض فأقيمت جماعة فسلم من ركعتين ليدركها فالأصح صحتها، لأن ما فعله كان لفائدة، وهى تأدية فرضه فى جماعة، ولأن نية الفرض تشتمل على نية النفل، فإذا بطلت الفرضية بقيت نية مطلق الصلاة وبه قال الشافعية وبعض الحنابلة[٢]، فينعقد ما صلاه نفلاً مطلقًا إذا كانت صلاته على شبه النفل المطلق غير المعين، أما من قلب فرضه إلى نفل آخر معين كركعتى الضحى فلا تصح صلاته لافتقاره إلى التعيين، لأنه قلب صلاته إلى صلاة معينة ليست عامة، لأنه نقل نيته من خصوص إلى خصوص فبطلت، لأن الخصوص فى حاجة إلى نية مخصوصة[٣] لأن التكبيرة المقرونة بالنية ركن من أركان الصلاة، والركن لا تصح به صلاتين، ولأنه

(١) نيل الأوطار ٢/ ١٧٤.

(٢) المقنع ١/ ١٣٦ مغنى المحتاج ١/ ١٥٠.

(٣) المرجع السابق المقنع ومغنى المحتاج المجموع للنووى ٤/ ١٠٨ المواهب السنية ص ٣٦١ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٤٦.

دخل الصلاة بنية غير النية التى انتهى إليها فبطلت، لأن النية تصاحب الفعل قبله متصلاً به، لا بعد الدخول فيه، مما فات على نية لا يرجع لأخرى[١]، وهذا مذهب محمد بن الحسن ورواية عند الحنابلة ومذهب الظاهرية[٢].

والصواب أن هذه الصلاة تحمل على النفل المطلق، لأن ما صلاه إذا بطل كونه يصلى فرضًا بقى كونه قد صلى فى الحقيقة وواقع الأمر فتكون صلاته نافلة إذا سلم من ركعتين لأن إعمال الأفعال أولى من إهمالها، وهذا إكمال فى المعنى، واعتبار المعانى أولى من اعتبار التصور[٣]، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ (محمد: ٣٣).

الفرع الثانى: أن يحرم بالفرض قبل وقته جاهلاً[٤]، **فهل تنعقد صلاته نفلا أو تبطل؟**

وذلك بأن يكون فى السماء غيم، أو يكون فى داخل سجن مظلم وغلب على ظنه دخول الوقت فصلى الفرض ثم تبين له أن الوقت لم يدخل بعد.

فهل تكون مثل هذه الصلاة نافلة أو تكون باطلة؟

الأصح عند الشافعية أن تنقلب له نافلة[٥] لأن ما صلاه بنية الفرضية هو فيه معذور، فإذا بطلت الفرضية بقيت نية مطلق الصلاة فتكون نافلة، ومقابل الأصح أن ما صلاه يكون باطلاً، ولا ينعقد نفلاً، لأنه لم ينو النفل من أول الصلاة فبطلت صلاته وهو قول محمد بن الحسن وبه قال بعض الحنابلة[٦]، والأول أرجح لأنه هو الذى يتفق مع مقصود الشارع فى تصحيح العبادة، والترغيب فى تحصيل الثواب الكثير وذلك يقضى أن ينعقد ما صلاه نفلاً فتحمل هذه الصلاة على النفل المطلق لا سيما أنه لم يأت أثناء الصلاة بمبطل.

الفرع الثالث: إذا أتى شخص بتكبيرة الإحرام أو ببعضها فى الركوع جاهلاً[٧]، فكبر للإحرام وهو راكع، أو يكون قد أتى ببعض التكبيرة وهو قائم، وببعضها وهو راكع حرصا منه على ألا تفوته الركعة، فهل تصح صلاته فرضًا أو تنقلب نفلاً أو لا تصح مطلقًا؟ فى هذه المسألة أربعة آراء:

الرأى الأول: بطلان صلاة من أتى بتكبيرة الإحرام أو ببعضها وهو منحن للركوع، لأن

---

(١) المغنى والشرح الكبير ١/ ٥١١.

(٢) شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير ١/ ٣٥٤ المجموع للنووى ٤/ ١٠٨ الأشباه للسيوطى ص ١٤٦ المغنى والشرح الكبير ١/ ٥١١ المحلى ٢/ ٣٦٧.

(٣) القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٧٥.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١.

(٥) الأشباه والنظائر ص ١٨١.

(٦) الأشباه والنظائر ص ١٨١ شرح العناية ١/ ٣٥٤، القواعد والفوائد الأصولية ص٢٧٣، المغنى والشرح الكبير ١/ ٥١١.

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١.

القيام ركن فى الفريضة، ولا تنعقد نفلاً مع أنه يصح أداء النفل قاعدًا لأن صفة الركوع غير صفة القعود، ولم يأت المصلى بالتكبير لا قائما ولا قاعدًا، وهو رأى لبعض المالكية ومقابل الأصح عند الشافعية وقول لبعض الحنابلة وبه قال الحنفية(١).

الرأى الثانى: أن المصلى إذا خشى فوات الركعة فأحرم قائمًا وانحنى للركوع قبل أن يكمل تكبيرة الإحرام، صحت الفريضة وهو الأصح عند المالكية(٢).

وإنما صحت الصلاة فرضًا، لأنه يغتفر فى البقاء ما لا يغتفر فى الابتداء لا سيما إذا كان ذلك لعذر كإدراك الركعة مع الإمام.

وأما إذا ابتدأها وهو منحط أو راكع بطلت الركعة اتفاقًا عندهم وصح ما بعدها فرضًا، لأنه أتى بالخلل فى ركوعها حيث أدمج الفرضين وهما الركوع فى التكبيرة قبل أن يفرغ من تكبيرة الإحرام وصح ما بعدها، لأن الإحرام يعتبر حاصلاً حال قيام تلك الركعة التالية فتكون أول صلاته(٣)، ولا يخفى ما فى هذا الرأى من البعد.

الرأى الثالث: وهو الأصح عند الشافعية: أن من أتى بتكبيرة الإحرام أو ببعضها فى الركوع جاهلاً فى صلاة الفريضة، انعقدت صلاته نفلاً(٤)، وإن فعل ذلك عالمًا بطلت صلاته، وذلك لأن الجاهل معذور، لا سيما فى مثل هذه الأمور الدقيقة الغير معلومة للعوام، بخلاف العالم بوجوب الإتيان بتكبيرة الإحرام قائمًا، لتلاعبه، إذا لم يفعلها على الوجه الأكمل ومن ثم فلا تنعقد صلاته لا فرضًا ولا نفلاً، وأما الجاهل، فإذا لم يصح كونها فرضًا له، بقى كونها نفلاً، إذ لا يلزم من بطلان الخصوص بطلان العموم.

وهذا الرأى فيه تناقض، والأولى أن يكون الحكم واحدًا، إما أن يعذر الجميع فتصح الصلاة فرضًا، أو لا يعذر الجميع فلا تنعقد الصلاة مطلقًا لا فرضًا ولا نفلاً(٥).

الراى الرابع: وهو المعتمد عند الحنابلة: أن تكبيرة الإحرام إذا ابتدأها غير قائم، أو أتمها غير قائم صحت نفلاً، لأن القيام ليس شرطًا فى النفل، فإذا تعذر القيام لتكبيرة الإحرام فى الفرض انعقدت نفلاً، قياسًا على من أحرم بفريضة قبل وقتها وهو غير معتمد، فإنها تنعقد نافلة(٦).

---

(١) حاشية الدسوقى ١/ ٢٣١، ٢٣٢ الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١ المغنى والشرح الكبير ١/ ٥٠٨ مراقى الفلاح ١/ ٢٧٣.
(٢) حاشية الدسوقى ١/ ٢٣١، ٢٣٢، الشرح الصغير مع بلغة السالك ١/ ٢٣٣، ٢٣٤.
(٣) حاشية الدسوقى ١/ ٢٣٢. (٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١.
(٥) المرجع السابق نفسه.
(٦) المغنى والشرح الكبير ١/ ٥٠٨، نيل المآرب ١/ ٤٢، ٤٣.

وهذا الرأى غير مسلم به، لأن القيام وإن كان ليس شرطًا فى النفل وأنه يجوز له الانتقال من القيام إلى بدله وهو القعود إلا أنه لا يجوز له الإتيان بتكبيرة الإحرام أو ببعضها فى النفل بلا قيام ولا قعود، ثم إنه حين فعل ذلك، فإنه شرع فى الركوع قبل إتمام ما قبله وهو تكبيرة الإحرام وهذا من شأنه أن يبطل الصلاة مطلقًا، فلا تنعقد فرضًا ولا نفلاً، لأن تكبيرة الإحرام ركن فى الصلاة ولم يأت بها على وجه الفرض حينما كبر غير قائم، ولا على وجه النفل حينما كبر بها غير قاعد وبناء عليه فيكون القول بالبطلان هو الراجح.

الفرع الرابع: من قدر على القيام فى الفرض فأحرم قاعدًا[1]، فهل تنعقد صلاته نفلاً أو لا تنعقد مطلقًا؟.

فى هذه المسألة رجح فقهاء الشافعية القول بالبطلان لتلاعبه، ولأن القيام فى الفرض واجب متى قدر عليه المكلف لخبر عمران بن حصين: «صل قائمًا، فإن لم تستطع فقاعدًا، فإن لم تستطع فعلى جنب»[2].

قال السيوطى: «من أتى بما ينافى الفرض دون النفل فى أول فرض أو أثنائه بطل فرضه وإذا وجد المصلى قاعدًا خفة فى صلاته، وقدر على القيام فلم يقم بطل فرضه أيضًا»[3].

وأما النوافل فإنها تختص بسقوط القيام فيها، لأن النوافل كثيرة، فيشق القيام لها، فسقط القيام فى النافلة، مبالغة فى تكثيرها، ولما ثبت فى البخارى عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من صلى قائمًا فهو أفضل، ومن صلى قاعدًا فله نصف أجر القائم ومن صلى نائمًا فله نصف أجر القاعد»[4].

وخالف أبو يوسف ومحمد فقالا: بمنع القعود فى صلاة التطوع للقادر على القيام، ووافقهم بعض المالكية فيما إذا افتتح الصلاة قائمًا»[5].

الفرع الخامس: من أحرم بالحج قبل أشهره، وهى شوال، وذو القعدة، وذو الحجة فهل يبطل هذا الإحرام أو ينعقد عمرة؟.

الأصح عند الشافعية، ورواية مرجوحة عند الحنابلة وهو مذهب الصحابة والتابعين منهم عمر بن الخطاب وابن مسعود وجابر وابن عباس وطاووس ومجاهد وأبو ثور[6] أن هـذا

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١.
(٢) صحيح البخارى ١. ١٩٥، كتاب تقصير الصلاة باب إذا لم يطق قاعدًا صلى على جنب.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨١.
(٤) البخارى ١/ ١٩٥ كتاب تقصير الصلاة، باب صلاة القاعد.
(٥) فتح القدير ١/ ٢٨٨ قوانين الأحكام ص ٦٧.
(٦) المجموع ٧/ ١٣٣، المغنى والشرح الكبير ٣/ ٢٢٣.

الإحرام ينعقد عمرة، لأن العمرة أقل درجات النسك فإذا بطل خصوص كونه حجًا، لا يبطل عموم كونه نسكًا، فيحمل على أقل درجات النسك وهو العمرة، إذ لا يلزم من بطلان الخصوص بطلان العموم[(١)].

قال النووى: «ولا ينعقد الإحرام بالحج إلا فى أشهره... فإن أحرم فى غيرها انعقد عمرة، لأن الإحرام شديد التعلق واللزوم بالمحرم، فإن أى عبادة من العبادات يفسدها المكلف، لا يستمر فيها إلا الحج فإنه إذا أفسده بالجماع يمضى فى حج فاسد»[(٢)].

ومقابل الأصح يبطل إحرامه قبل أشهر الحج، ولا ينعقد حجًا ولا عمرة، قال السيوطى: ولو أحرم بالحج فى غير أشهره بطل وبقى أصل الإحرام فينعقد عمرة فى الأصح[(٣)]، وإذًا فمقابل الأصح لا ينعقد عمرة بل يتحلل، ويهل من جديد بالعمرة، قياسًا على من أحرم بالصلاة قبل وقتها عامدًا، فإنها تبطل مطلقًا.

والصواب أن الإحرام بالحج فى غير أشهره ينعقد عمرة، لأن تعيين الإحرام للعمرة لا يشترط، فإن إبهام النية فى النسك يصح كما دلت عليه النصوص الشرعية وصرح به الفقهاء، ومن ذلك ما أخرجه الشافعى أن النبى ﷺ خرج هو وأصحابه مهللين... فعقدوا الإحرام ليس على حج ولا عمرة، ولا قران... فأمر من لا هدى معه أن يجعل إحرامه عمرة، ومن معه هدى أن يجعله حجًا»[(٤)].

* * *

القاعدة الثامنة عشرة: ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن كل ما كان العمل أكثر كان الأجر أكثر وثوابه أعظم، فالثواب يكون على قدر المشقة، فإذا تساوت الرتب فى الأعمال من كل وجه كان الثواب على أكثرها فعلاً أو قولاً.

دليل القاعدة:

قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ (الزلزلة: ٧) وقوله ﷺ: «إلا أحد قال مثل ما قال أو زاد عليه».

---

(١) مغنى المحتاج ١/ ٤٧١، عميرة ٢/ ٩١. (٢) مغنى المحتاج ١/ ٤٧١ المجموع / ١٣٣.
(٣) الأشباه والنظائر ص ١٨١.
(٤) السنن المأثورة للإمام الشافعى ص ٣٦٢ كتاب الحج باب ما جاء فى فدية الأذى الحديث رقم ٤٧٩ قال ابن قدامة: وهو حديث مرسل، المغنى والشرح ١/ ٤٧٦.

ومن كان للمكلف أن يقـصد العمل الشـاق لعظم أجره لا من أجل المشقـة بذاتها وذلك مثل الجهاد فى سبيل الله فإنه أعظم أجرًا.

موقف العلماء من القاعدة:

يرى بعض العلماء أن قـاعدة ما كان أكـثر فعلاً كان أكـثر فضلاً ليس على لإطـلاقها بل يستثنى من هذه القاعدة بعض الصور التى تخرج عنها ولا تدخل تحتها.

وقل غيرهم إن الفضل لا يتعلق بكثرة العمل بل يتعلق بنفعه وفائدته وموافقته لمرضاة الله تعالى.

وبناء على ما سبق فإن كل ما يجده المكلف فى طريق قيامه بالعبادة من المشاق محسوب له فيزيد الثواب بزيادة المشقة إذا لم تكن المشقة أصلاً هى المقصودة من المكلف وكانت من مستلزمـات العمل والعبادة أصلاً، أمـا المشقة ذاتها فـإن قصدها باطل مخالف لقـصد الشارع لعموم قـوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» ويتـحصل من ذلك أن من قصد المشـقة وحدها بطل عمله ومن قـصد المشـقة لعظم الثـواب وزيادة الأجر فله ثواب ما قـصده، كمن قـصد الجهاد فى سبيل الله لينال ثواب المجاهدين.

فروع القاعدة:

لهذه القاعـدة فروع كثيـره فى العبادات والجهاد فـإذا تتبعناها أدركنا أن هذه القـاعدة لها نصيـب كبيـر فى هذه الأبواب من الطهـارة والصلاة والزكاة والـحج والجهاد، فـإن كل هذه العبادات تعتريها الكثرة والقلة.

وقد كثر استعمال العلماء لهذه القاعـدة فى مؤلفاتهم وهم يعالجون الأحكام الشرعية فهذا ابن حجر فى فتح البـارى يعلل بها حيث يقول: «إن القارن يطوف طوفين ويؤدى سعـيين فهو أفضل لكونه أكثر عملاً» وقال فى صيام الدهر: «بأنه أفـضل لأنه أكثر عملاً فيكون أكثر أجرًا، وما كان أكثر أجرًا كان أكثر ثوابا»(١).

وقال المناوى: «الأفضل لمن فوق الميقات أن يحرم من دويرة أهله لأنه أكثر عملاً»(٢).

وكذلك ابن عبد البر فإنه يعلل بهذه القاعـدة فيقول: «الإفراد أفضل... لأن الإفراد أكثر عملاً»(٣).

وفى مبحث رفع الصوت بالذكر علل ابن عابدين بها قائلا: «بعض أهل العلم يقولون: إن الجهر أفضل لأنه أكثر عملاً...»(٤).

---

(١) فتح البارى ٣/ ٣٤٠، ٤/ ١٩٤.

(٢) فيض القدير ٢/ ٥٣٧.

(٣) التمهيد.

(٤) حاشية ابن عابدين ١/ ٦٦٠.

وفى مغنى المحتــاج فإن الشربينى الخطيب علل بها عند حديثه عــلى مسألة الصلاة على الجنائز المتعددة حيث قال: «الأفضل إفراد كل جنازة بصلاة لأنه أكثر عملاً»(١).

وقال ابن قدامة فى المغنى: «الإتمام أفضل لأنه أكثر عملاً»(٢).

وفى كشــاف القناع قال البهــوتى: «ولو لم يجلس إلا فى آخرهن جاز وقــد ترك الأفضل لأنه أكثر عملاً»(٣).

ومن هذا يتبين أن زيادة الثــواب ونقصانه يدور على كثرة العمل وقلتــه حيث ورد التعليل للمسائل الفقهية وأن بعضها أفضل من بعض بزيادة العمل وكثرته، وقل أن نجد بابًا من أبواب الفقه فى العبادات إلا كان التعليل لها بهذه القاعدة ذات المكانة العالية فى الفقه الإسلامى.

مكانة هذه القاعدة:

من هذا المنطلق فقد حظيت هذه القــاعدة باهتمام العلماء، فأوردوها فى كــتبهم بأساليب متنوعة نذكــر منهم السيوطى فى الأشبــاه والنظائر، والعز بن عبد الســلام فى قواعد الأحكام، وشيخ الإســلام ابن تيمــية فى كــتابه الفــتاوى، والقــرافى فى الفروق، وابن الــشاط فى إدرار الشروق، وابن رجب فى قــواعده والزركشى فى المنثــور وجميعــهم تحدث عن القاعدة مــبينًا أثرها فى الفقه وما يدخل تحتها وما يخرج عنها كل واحد بطريقته وأسوبه ومنهم ابن القيم فى مدارج السالكين والمقريزى فى تجريد التوحيد فى أفضل العبادات، وبهذا تظهر أهمية القاعدة وأنه ينبنى عليها التــفضيل بين الأعمال وهل مداره كــثرة العمل أو شرفه، فإن القــاعدة تعالج كثرة الثواب وقلته هل هو بكثرة الفعل؟ أو بنوع الفعل، أو بوقته أو هو بجميع ذلك كله؟

ومن خلال دراستنا لهذه الــقاعدة يمكن أن نقف على ذلك فإنه بدراستهــا يتمحض العمل الفاضل من المفضــول، والراجح من المرجوح، لأن معرفة ذلك من أهم ما يتــميز به المسلم الحريص على دينــه ومن ثم فلا يصرف لحظة من عــمره المحــدود إلا فى الأعمال الصــالحة الفاضلة وبخاصة عند تزاحم الأعمال والمصــالح، وما من شك فى أن المسلم البصير والكيس الفطن يقدم الأصلح والأفضل بصرف النظر عن الكثرة والقلة.

ضوابط القاعدة:

ومن خلال تتــبعنا لفروع هذه القــاعدة ما يدخل تحــتها ومــا يخرج منها لابد من مــراعاة الضوابط التى وضعــها العلماء لهذه القــاعدة عند التطبيق حتى يتــبين ما قد يدخل تحتــها وما يخرج عنها من استثناءات وهى:

---

(١) مغنى المحتاج ١/ ٣٤٨.

(٢) المغنى لابن قدامة ٣/ ١٢٥، ١٢٦.

(٣) كشاف القناع ١/ ٤٣٩.

١- أن يتساوى العملان من كل وجه فإذا لم يتساو العملان من كل وجه فلا يصح أن يعلق كثرة الفضل بكثرة الفعل، فتكبيرة الإحرام مساوية لغيرها من سائر التكبيرات ومع هذا فهى أفضل بلا خلاف.

٢- أن يتحد العملان فى النوع فلا يقارن بين صلاة وزكاة أو بين صلاة وصيام أو بين صيام وحج فإذا اختلف النوع فلا مجال للعمل بهذه القاعدة، يقول القرافى: الأجر على قدر النصب إن اتحد النوع لا كالصدقة بالمال العظيم مع الشهادتين.

وقد شذ ما ورد فى قتل الوزغة[١] فى قوله ﷺ: «من قتل الوزغة فى المرة الأولى فله مائة حسنة وفى الثانية سبعون»[٢].

٣- أن يتساوى العملان فى الشرف، بأن يكون بين فرضين أو نفلين فى مكان وزمان ميزتهما واحدة... فلا يصح أن يفاضل بين واجب ومندوب لقوله ﷺ فى الحديث القدسى: ما تقرب إلىَّ عبدى بشىء أحبَّ إلىَّ منا افترضته عليه...»[٣].

فالقاعدة: أن الفرض أفضل من النفل فى الجنس الواحد وقد يختلف ذلك إذا اختلف الجنس، فإن الصنائع والحرف من فروض الكفاية، ويبعد أن يقال: إن واحدة الحرف أو الصناعات أفضل من تطوع الصلاة وإن سلم أنه أفضل من جهة أن فيه خروجًا من الإثم، ففى تطوع الصلاة من الفضائل ما قد يجبر ذلك أو يزيد عليه وجنس الفرض أفضل من جنس النفل، وقد يكون فى بعض الجنس المفضول ما يربو على بعض أفراد الجنس الفاضل كتفضيل بعض النساء على بعض الرجال.

ونحن إذا نظرنا إلى ما جمعه الأذان وهو من نوافل الصلاة وما جمعه من الكليات العظيمة ومعانيها، فالأذان سنة على ما رجحه النووى وهو أفضل من الإمامة وهى فرض عين أو فرض كفاية وهو أيضًا قد ظهر تفضيله على أى صناعة وقد قيل: إنها فرض كفاية[٤].

والوضوء قبل الوقت سنة وبعد الوقت واجب وفعله قبل الوقت أفضل[٥].

٤- أن لا يكون الأقل فعلاً متعديًا والأكثر فعلاً قاصرًا، ففى هذه الحالة يكون المتعدى أكثر فضلاً، وإن كان أقل فعلاً وفى ذلك قال السيوطى: «المتعدى أفضل من القاصر»[٦]

(١) الوزغة: سام أبرص المعروف بالبرص، وهو حشرة مؤذية انظر: المعجم الوجيز ص ٦٦٧.
(٢) أخرجه مسلم فى كتاب السلام باب استحباب قتل الوزغة من حديث أبى هريرة ٤/ ١٢٥٨.
(٣) رواه البخارى فى كتاب الرقائق فى باب التواضع ٧/ ١٩٠.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٤٦، ١٤٧.
(٥) الأشباه والنظائر للسبكى ١/ ١٨٦، ١٨٧.
(٦) الأشباه والنظائر ص ١٤٤.

وظاهر كلام أهل العلم يفيد الإطلاق، فكل ما كان متـعديًا كان أفضل لأن نفع المتعدى يكون أكثر وأنفع للأمة.

ومن ثم قال القـرافى: إن الأصل فى كثرة الثـواب وقلته وكثرة العـقاب وقلته يكون تبـعًا لكثرة المصلحـة فى الفعل وقلتها، كتـفضيل التصدق بالدينار على التـصدق بالدرهم، وإنقاذ الغـريق من بنى آدم إذا مـا قـورن بإنقـاذ الغريق من الـحيـوان فى البـهـائم، وإثم الأذية فى الأعراض، والـنفوس فـهى بلا شك أعظم من الأذية فى الأموال وهذا هو الغـالـب فى عـموم الشريعة[1].

٥- أن يقصد التعبـد لله فى الكثير، وأن لا يقصد المشقة لذاتهـا، فإنَّ قصدها باطل لقوله ﷺ فيما أخـرجه مسلم فى رواية: «إن لك من الأجر ما احتـسبت» فإن قوله ﷺ «إن لك من الأجر ما احتسبت» يدل على أن الاحتساب شرط للحصول على الأجر المترتب على العمل.

٦- أن لا يكون الأقل فعـلاً منصوصًا عليـه فى الأفضلية، فـإن كان منصوصًـا عليه فى الأفضلية فهو أكثر أجرًا، وإن كان قليـلاً، فالإيمان بالله تعالى أفضل من الجهاد مع أن الجهاد أشق منه، وكذلك معرفة التـوحيد أفضل المعارف واعتقاده أفضل الاعـتقادات مع سهولة ذلك وخفته مع تحققه[2].

وما ذلك إلا لأن هذه الطاعات مـنصوص على فضلها، وهكذا فإن كـل ما هو منصوص على فضله فهو أفضل وإن كان قليلاً بصرف النظر عن الكثرة والقلة ومن ذلك ما قاله السيوطى من أن قراءة سورة قصيرة فى الصلاة أفـضل من بعض سورة وإن طال، لأنه المعهود من فعله ﷺ غالبًا[3].

٧- أن لا يكون الأكثر مـخالفًا لأمر واجب، فإن كـان مخالفا لأمر واجب فـالأقل فعلاً أفضل كصلاة الجماعة فإنها تفـضل على صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة، فلو صلاها منفردًا سبعًا وعشريـن مرة لكانت صلاة الجماعة أفضل وإن كانت أقل فعلاً لأن صـلاة الفرد مخالفة للأمر بفعل الصلاة فى جماعة.

والمقصود من وضع هذه الضوابط هو بيان أن كثرة العمل ليست معيارًا لكثرة الثواب، بل قد يقترن بالعمل القليل سبب من الأسباب سواء كانت زمانية أو مكانية أو غيرها فيكون القليل من العمل بسبب ذلك أفـضل من الكثير الذى خلا من هذه الأسـباب، ومن ثم لا يطرد معنى قاعدة: ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً.

---

(١) الفروق بتصرف فى الصياغة ٢/ ١٣١، ١٣٢. (٢) يراجع: قواعد الأحكام ١/ ٣٠.
(٣) الأشباه والنظائر ص ١٤٣.

وقد يكون العمل الواحد فعله مستحبًا تارة وتركه مستحبًّا تارة باعتبار ما يترجح من مصلحة فعله وتركه بحسب الأدلة الشرعية، والمسلم قد يترك المستحب إذا كان فعله يترتب عليه مفسدة راجحة على مصلحة فعله.

ولهذا فقد استحب أحمد وغيره، أن يدع الإمام ما هو عنده أفضل إذا كان فيه تأليف المأمومين، مثل أن يكون عنده فصل الوتر أفضل إذا كان يؤم قومًا لا يرون إلا وصل الوتر.

وكذلك لو كان يرى المخافتة بالبسملة أفضل أو الجهر بها وكان المأمومون على خلاف رأيه ففعل المفضول عنده لمصلحة الموافقة والتأليف التى هى راجحة على مصلحة تلك الفضيلة كان جائزًا وحسنًا.

وكذلك لو فعل خلاف الأفضل لأجل بيان السنة وتعليمها لمن لم يعلمها كان حسنًا مثل أن يجهر فى الاستفتاح أو التعوذ أو البسملة ليعرف الناس أن فعل ذلك حسن مشروع فى الصلاة، وقد كان عمر بن الخطاب يفعل ذلك كما فى صحيح مسلم، وكان ابن عمر وابن عباس يجهران بالاستعاذة وكان غير واحد من الصحابة يجهر بالبسملة وغير ذلك كثير، فكان الصحابة يفعلونه تارة ويتركونه تارة أخرى.

فهذه الأمور، وإن كان أحدها أرجح من الآخر، فمن فعل المرجوح فقد فعل جائزًا، وقد يكون فعل المرجوح أرجح للمصلحة الراجحة، كما يكون ترك الراجح أرجح أحيانًا لمصلحة راجحة وهذا وقع فى عامة الأفعال.

فإن العمل الذى هو فى جنسه أفضل، قد يكون فى موطن غيره أفضل منه، كما أن جنس الصلاة أفضل من جنس القراءة، وجنس القراءة أفضل من جنس الذكر، وجنس الذكر أفضل من جنس الدعاء، ثم إن الصلاة بعد الفجر والعصر منهى عنها والقراءة والذكر والدعاء أفضل منها فى تلك الأوقات.

ومن هنا صار الذكر لبعض الناس فى بعض الأوقات خيرًا من القراءة، والقراء لبعضهم فى بعض الأوقات خيرًا من الصلاة، وأمثال ذلك لكمال انتفاعه به لا لأنه فى جنسه أفضل.

وخلاصة القول: فإنه قد توجد أسباب للتفضيل ترجع إلى الأمور الآتية:

١- أن يكون العمل المفضول مأمورًا به بخصوص هذا الموطن كالأذكار فى الصلاة وانتقالاتها والأذكار بعدها، والأذكار الموظفة بوقتها تكون أفضل من القراءة فى هذه المواطن.

٢- أن يكون العمل المفضول مشتملاً على مصلحة لا تكون فى الفاضل كحصول تأليف به أو نفع متعد لا يحصل بالفاضل، أو يكون فى العمل المفضول دفع مفسدة يظن حصولها فى الفاضل.

٣- أن يكون العمل المفضول أكثر مصلحة للقلب من الفاضل كما قال الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى لما سئل عن بعض الأعمال: انظر ما هو أصلح لقلبك فافعله»[١].

فهذه الأسباب يصير بها العمل المفضول أفضل من الفاضل بسبب اقترانها بها.

القاعدة التاسعة عشرة: الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود

معنى هذه القاعدة إن الساقط من الحقوق القابلة للسقوط إذا سقط منه شيء بمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه كما أن المعدوم لا يعود.

فروع القاعدة:

ومما يتفرع على هذه القاعدة ما لو كان الثمن غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشترى قبل قبض الثمن فإنه يسقط حق البائع فى حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفى الثمن، وكذلك لو قبضه المشترى والحالة هذه بمرأى من البائع ولم ينهه والبيع باق فإنه يسقط حق البائع فى حبس الشىء المبيع.

أما لو كان البيع وفاء لدين للمشترى على البائع فلا يسقط حق المشترى إذا أخذه البائع فى استرداده وحبسه بالثمن[٢] وكذلك الخياط والصباغ إذا سلم العين التى كان لعمله أثر فيها حقيقة أو حكمًا سقط حقه فى الحبس وكذلك المرتهن وهو الدائن إذا سلم العين المرهونة للراهن سقط حقه فى استردادها لأن الساقط لا يعود وكذلك إذا كان له أرض فباعها بشرط الخيار له ثم سلمها وأذن للمشترى بزاعتها ولو بطريق العارية فزرعها سقط خياره.

ومن الصور التى تدخل تحت قاعدة الساقط لا يعود ما لو كان لشخص دين على آخر وأبرأه من الدين وقبل المدين أو سكت ولم يرد سقط الدين ولا تسمع دعوى الدائن به وإن أقر المدين له بالدين بعد ذلك، ومن له حق الشفعة أو حق خيار الشرط أو العيب أو حق القصاص إذا أسقطه سقط ومتى سقط شىء من جميع ذلك لا يعود، والموصى له بالمنفعة إذا أسقط حقه منها سقط ولا يعود.

ومما لا يسقط بالإسقاط ما لو أسقط الوارث حقه من الإرث أو أسقط المستحق فى الوقف حقه فإنه لا يسقط بالإسقاط ومما لا يسقط بالإسقاط حق الرجعة ومثله يقال فى الإدخال والإخراج فى الوقف لمن شرطه له فإن أصحاب هذه الحقوق عاملون لغيرهم فيها فلا تسقط بالإسقاط وكذلك حق الشفعة قبل البيع فلو أسقطه الشفيع قبله لا يسقط لأنه إنما يثبت بعد البيع لا قبله وما ثبت حقه لله تعالى خالصًا لا يقدر العبد على إسقاطه مقصودًا كخيار

---

(١) رسالة فى القواعد الفقهية للصفدى ضمن مجموعة مؤلفاته ١/ ١٣٥.

(٢) البدايع للكاسانى ١٠٤ نقلا عن شرح القواعد الفقهية للزرقا ٢٦٥، ٢٦٦.

الرؤية لكن قد يسقط بطريق الضرورة بأن يتصرف العبد فى حق نفسه مقصودًا فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل وذلك كما إذا باع الإنسان ما اشتراه فاسدًا أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ[١].

ومن الحقوق التى لا تسقط بالإسقاط حق الزوجة فإنها لو رضيت بالخروج من وطنها الذى نكحها فيه وسكنت معه فى بلدة أخرى ثم امتنعت وأرادت العودة إلى وطنها فإنها لا تمنع من العودة إلى الوطن فيما يظهر لأن رضاها فيما مضى بإسقاط حقها لا يوجب سقوطه، ومما لا يسقط بالإسقاط حق رب السلم فى لزوم التسليم فى المكان المعين فى عقد السلم وحق المسلم إليه فى قبض الثمن فى مجلس السلم فإنهما لا يسقطان، لأنهما حق الشرع إذ بدونهما يفسد العقد.

ومثل ذلك ما لو اشترى العين المؤجرة أو المرهونة بدون إذن المستأجر أو المرتهن وكان يعلم حين الشراء بالإجارة أو بالرهن أو لا يعلم فإن له الخيار فى أن يفسخ البيع أو ينتظر انتهاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن وإذا أسقط حقه فى هذا الخيار ولو بصريح الإسقاط لا يسقط وذلك لأن تصحيح هذا الإسقاط يترتب عليه تصحيح أمر مغاير للأوضاع الشرعية لأنه عبارة عن التزام المشترى تأجيل المبيع إلى انتهاء مدة الإجارة فى العين المستأجرة أو إلى فكاك الرهن فى العين المرهونة وتأجيل الأعيان باطل، ومما لا يسقط بالإسقاط حق الوكيل بالبيع فى المطالبة فإنه لا يسقط بالإسقاط فيما يظهر لأن الموكل لا يملك شرعًا هذه المطالبة لكون الشرع جعل حقوق العقد عائدة أصالة للعاقد وإن لم يكن مالكًا[٢].

القاعدة العشرون: تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات وعامل عمله والأصل فى ذلك ما ورد فى الصحيح فى لحم أهدته بريدة للنبى ﷺ فقيل له: إن هذا اللحم قد تصدق به أصحابه عليها فقال: هو عليها صدقة وهو لنا هدية، فقد أقام ﷺ تبدل سبب الملك من الصدقة إلى الإهداء فيما هو محظور عليه وهو الصدقة مقام تبدل العين[٣].

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة ومنها: ما لو اشترى عينًا من شخص ثم باعها لغيره

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع جـ٥ ص ٢٩٧ - ٣٠١. (٢) شرح القواعد الفقهية ص٢٦٨، ٢٦٩.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ٤٦٧.

ثم اشتـراها من ذلك الغير ثم اطلع عـلى عيب قديم فـيها كان عنـد البائع الأول فليس له أن يردها عليه لأن هذا الملك غير مـستفاد من جانبه بخلاف ما لو اشتـرى من رجل دارًا وقبضها ثم باعها لغـيره ثم اشتراها منه ثانيًا ثم اسـتحقت الدار من يد المشـترى فإن له أن يرجع على البائع الأول بالثمن، ومنهـا: ما لو وهب لغيره العين الموهوبة له ثم عـادت إليه بسبب جديد بأن باعها منه أو تصدق بها عليه فأراد الواهب أن يرجع فى هبته لا يملك ذلك، ولذلك لو باع عقارًا لغيره وكان له شـفيع وسلم الشفيع الشفعة للمشترى ثم تقـايل البائع والمشترى فى البيع فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعـة حيث كان عوده إليه بسبب جديد وهو الإقالة لأنها بيع جديد فى حق ثالث والشفيع هنا ثالثهما، وكذلك لو اشتراه البائع من المشترى كان للشفيع أخذه بالأولى لأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات وعامل عمله.

القاعدة الحادية والعشرون: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن المعلق بالشرط من الأمـور التى يصح تعليقها بالشرط يجب ثبوت وجود المعلق عند ثبوت وجود الشرط.

والتعليق معناه التزام أمر لم يوجد فى أمر يمكن وجـوده فى المستقبل، أو نقول: التعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مـضمون جملة أخرى سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط نحو: إن وإذا وإذ ما، وكل، ومتى، وكلما، ومتى مـا، أو كان الربط بما يقوم مقامها فى إفادة الربط المذكور من نحـو: ظرف أو حرف جر غير لام التعليل أو اسـتثناء بإلا كما لو قال شخص: أمرأته طالق إلا أن يقدم زيد من سفره، فإنه يحمل على الشرط فيصير كأنه قال: إن لم يقدم زيد من سـفره فامرأته طالق، وهذا إذا كان فـيما لا يحتـمل التأقيت فإن كـان مما يحتمل التأقيت كـالأمر باليد فإنه يكون للغاية لا للشرط ويشترط لصـحة التعليق: كون الشرط المعلق عليه مـعدومًا فى الحال ممكن الوجود عـادة فى المستقبل، فالتـعليق بالشىء المحقق الوجود فى الحال كقوله[1]:

إن كانت الـسماء فـوقنا، فليس من قبـيل التعليق بـل هو تنجيز وكـذلك التعليـق بالأمر الممكن عقـلاً لا عادة كإن لم أصعـد السماء فهو أيـضًا تنجيز وإن لم أقلب هذا الحـجر ذهبًا فكل ذلك تنجيـز ويحنث به فى الحال، والتعـليق بالمستحـيل الوجود من الأمور كـقوله: إن دخل الجمل فى سم الخـياط، فهـو لغو وباطل فى عرفـنا ذلك، فإن الأمور التى يرد عليـها التعليق بالشرط ثلاثة أنواع:

(١) المرجع السابق ص ٤١٥.

النـــوع الأول: ما يصح تعليــقه بمطلق الشرط ملائمًــا أو غير ملائم وهى الإسـقاطات المحضــة التى يحلف بها كالطلاق فـإنه يصح تعليقه بالشرط مطلقًـا سواء كان ملائمًـا كقوله لزوجتــه: إن أسأت إلىَّ فأنت طالق، أو كان الشـرط غير مـلائم كما إذا علق طلاقهـا بدخول الدار بأن قال لهـا: إن دخلت الدار فأنت طالق، فـإن المعلق عليـه الطلاق فى كل ذلك ينزل ويثبت به الطلاق عند ثبوت الشرط المعلق عليه الطلاق، وخـرج بالإسقاطات المحضة ما كان فيهـا تمليك من وجه كالإبراء فإن التعليق بـالشرط يبطله، وخرج بالإسقاطات المـحضة التى يحلف بها ما لا يحلف به منهـا كإسقاط الشفـعة ولو بعد ثبوتها فلو علق الأمر بغـير كائن لا يصح تعليقه ويبقى على شفعته.

النوع الثانى من التعليق بالشرط: ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط والشرط الملائم هو الذى وجوده يؤكد مضمون العقد وذلك كـالإطلاقات والولايات، فالإطلاقات كالإذن بالتجارة والإذن بالخروج فيما لو حلف على زوجته ألا تخـرج إلا بإذنه والإذن من قِبَل البائع للمشترى إذا باعه الموجود من الثمر وأذن له بأكل ما لم يظهر فهذا من قبيل التعليق بالشرط مطلقًا، فإذا خاف المـشترى أن يرجع البائـع عن الإذن بأكل ما سيظهر من الـثمر قال: كلمـا رجعت عن الإذن فأنت مأذون بالأكل.

والنوع الثانى وهو ما يصح تعليقـه بالشرط الملائم فقط فمثاله كالقـضاء والإمارة فإن كلا منهـما يصح تعليـقه بالمـلائم من الشروط الإمـام: إن شعـرت الولاية الفلانيـة فقد ولـيتك إياها[1]، ومما يصح تعليقه بالملائم من الشروط الكفالة والإبراء كقوله: إن استحق المبيع فأنا كفـيل بالثمن، وقوله: إن غـاب المدين أو مات ولم يدع شـيئا فـأنا كفيله، وقـوله: إن قدم المدين فأنا كفيله، وكقوله: إن وافيت به غداً فأنت برىء.

النوع الثالث من الشروط التى يرد عليها التعليق بالشرط: ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقًا وهو المعاوضات المالية كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح على مال بمال والهبة فذلك الشرط باطل ولا يصح تعليق هذه الأمـور بالشرط الفاسد، ولا يخفـى أنه إذا اختلف الزوجان فى وجود شرط الطلاق وعدمه فالقول قول منكر وجود الشرط وهو الزوج والبينة على الزوجة فى وجود الشـرط، وإذا ثبت وجود الشرط بالبـينة فليس وقوع الطلاق مطردًا بل فى المـسألة تفصيل وهو أن التنازع إذا قام على وجود الطلاق لوجـود شرطه وثبت وجود الشرط بالبينة فلا نزاع فى وقوعه سواء كان الشرط مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن تعليق الطلاق عليه أو لا، وأما إذا قام المتنازع فيما يصـح التنازع فيه لذاته من غير أن يكون شرطًا للطلاق ولكن

(١) المجلة فى المادة: ٢٠٧ وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤١٦، ٤١٧.

كان هناك طلاق معلق عليه كمـا لو تنازع الزوج مع آخر فى شىء فحلف بالطلاق على مدعاه ثم ثبت بالبينة كذبه فـإما أن يكون المتنازع فيه عـينًا أو دينًا فإن كان المتنازع فيه عـينًا كما لو ادعى على الزوج دارًا مثـلاً فحلف بالطلاق أنهـا ليست ملك المدعى ثم أثبـت المدعى ملكه لهذه الدار بالبينة فلا يحنث الزوج فى يمينه لأن البينة حـجة فى الظاهر أى أنها حجة ظنية وإن كان المتنازع فيـه دينًا فحلف بالطلاق أن لا دين عليه فبرهن المدعـى أنه مدين فينظر: إن كان ادعى الدين بسبب كـالقرض مثلاً وبرهن على السـبب لا يحنث لاحتمال الإبراء والإيـفاء بعد السبب وإن كـان ادعاه مطلقًـا عن السبب وبرهن على أنه مـدين حنث لأن البينة قـامت على وجود الدين فى الحال فيحنث[١].

القاعدة الثانية والعشرون: يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان[٢]

معنى القاعدة:

هذه القاعـدة معناها أنه يلزم مراعـاة الشرط الجائـز بقدر الإمكان للوفاء به فـقد ورد فى الحديث عن أنس وعائـشة ﭫ أنه ﷺ قال: «المسلمون عند شـروطهم ما وافق الحق من ذلك» والمراد بالشرط هنا هو الشرط المقيد به الأمـر والمعرَّف بأنه التزام أمر لم يوجد فى أمر وجد بصيغة مخصوصة. وهذا غير تعليق الأمر بالشرط فهناك فرق بين المعلق بالشرط والمقيد بالشرط من حـيث إن المعلق بالشرط مـعدوم قبل وجـود الشرط لأن ما توقف حـصوله على حصول شىء يتأخر وجوده عنه بخلاف المقيـد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره فى الوجود على القيد بل يكون سابقًا عليه كما هو ظاهر[٣].

وتقييد الشرط بالجائز يعنى تقييد العقد بما يقـتضيه العقد كاشتراط حبس المبيع بالثمن أو تقييد بما يلائمه وذلك بأن يكون راجعًا إلى صـفة المبدل ككون الفرس مثلاً أصله كذا أو إلى صفة البدل كدراهم بيض أو دراهم معجلة أو مـؤجلة أو إلى التوثيق به وكاشتراط رهن بالثمن معلوم بالإشارة أو التسمية أو اشتراط كفيل به حاضر وقبل الكفالة أو غائب فحضر وقَبِلها قبل التفرق أو اشتراط أن يحيل المشترى البائع على غيره بالثمن أو كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن جرى العرف به كشراء نعل على أن يشـركها البائع أو يكون الشرط ورد الشرع به وقال بجوازه كاشتـراط خيار الشرط ونحوه من الخيارات فإن الشـرط فى جميع هذه كلها تلزم مراعاته.

---

(١) يراجع: جامع الفصولين وحاشية الرملى آواخر الفصل الخامس عشر صفحة ٢٠٥.

(٢) المادة: ٨٣ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤١٩.

فالشروط ثلاثة أنواع: الشرط الجائز، وهو ما تحدثنا عنه وقلنا: إنه يلزم الوفاء به وهو ما يؤكد مقتضى العقد أو يلائمه أو لا يلائمه ولكن جرى العرف به أو ورد الشرع بجوازه.

النوع الثانى: شرط فاسد: وهو ما كان بخلاف ذلك وفيه نفع مشروط فى صلب العقد من أحد المتعاقدين كشراء ثوب على أن يصبغه له البائع أو شراء الدابة على أن يركبها البائع شهراً مثلا أو على أن يحيل البائع رجلاً بالثمن أو كان الشرط فيه نفع لمبيع من أهل الاستحقاق كشراء السيارة على أن لا يركبها المشترى أو لا يخرجها عن ملكه أو كان الشرط فيه نفع لأجنبى على الأظهر كما لو شرط البائع على المشترى أن يبيعه لفلان أو شرط على أحدهما أن يقرض فلانا فإن كل شرط من هذه الشروط مفسد للعقد.

النوع الثالث: شرط لغو: وهو ما كان بخلاف الشرطين السابقين كأن يشترط على أجنبى شرطًا لو اشترط على أحد المتبايعين يَفْسُدُ البيع أو يشترط ما فيه نفع لأحدهما على الآخر ولكن بعد العقد وكذا لو قَبْله ولكن لم يتفقا على بناء العقد على ما شرطا كبيع الدابة على أن لا يخرجها عن ملكه أو على أن يبيعها ولكن لم يعين المشترى أو شرطا شرطًا مفسدًا ولكن عطف بالواو كبعتك بكذا على أن تقْرضنى كذا، فإن العقد فى جميع هذه الصور يصح ويلغو الشرط(١).

هذا ونضيف على ما سبق أن المعاملات الشرعية بالنسبة إلى تقييدها بالشرط الفاسد تنقسم إلى قسمين:

الأول: يَفْسُدُ بالشرط الفاسد وهذه المعاملات هى المبادلات المالية مثل البيع والقسمة والإجارة والصلح عن مال بمال والمساقاة والمزارعة فإن هذه المعاملات كلها تَفْسُدُ بالشرط الفاسد، ومثلها إجازة من انعقد من هذه العقود موقوفًا.

والثانى: لا يفسد بالشرط الفاسد وهى كلٌ ما ليس من المعاوضات المالية، سواء كان من المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع كذلك، والصلح عن دم العمد وعن جراحة فيها قود والصلح على مالٍ عن الحقوق التى يجوز الاعتياض عنها كحق الشرب وحق المرور بدليل تقييدهم الصلح فى القسم الأول بأن يكون عن مال بمال، أو لم يكن من المعاوضات أصلاً، كالإبراء عن الدين وكالهبة والصدقة والقرض والإيصاء والوصية وتولية القضاء والإذن بالتجارة والطلاق والوكالة والشركة والمضاربة والرهن والكفالة والحوالة إلا إذا شرط فيها الدفع من ثمن دار المحيل مثلاً فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بما التزم أى من غير أن يشترط على المحيل بيع المحال عليه الدار فإن شرط عليه ذلك صحت الإحالة ولا يملك

(١) يراجع: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٢٠.

عـزله أو نهيـه عن بيع الدار وإيفـاء الدين من ثمنهـا ويجـبر المـحال علـيه على البـيع[(١)]، وكالإقالة، وعـزل القاضى وعزل الوكيل والحجـر المأذون، فإن جميع ذلك لا يفـسد بالشرط الفاسد بل يصح العقد ويلغو الشرط.

فإذا كان الشرط جائزًا ومـرعيا فإنه إذا شُرط بعد العقد يلزم الوفـاء به كما لو شرط النعل خيـار الشرط بعـد العقـد فالظاهر أنه يلزم الوفـاء به، ويستـثنى من الشرط الجـائز الذى تلزم مراعاته كدراهم بيض أو معجلة أو مؤجلة ما ذكره صاحب الدر المختار فى باب المهر أنه لو شرط فى عقد النكاح تأجـيل كل المهر ولم يشترط الدخول بالزوجـة قبل القبض فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر استحسانًا وبه يفتى[(٢)].

القاعدة الثالثة والعشرون: الخراج بالضمان

معنى القاعدة:

هذه القاعدة مـعناها أن الحاصل من الشىء إذا كان منفـصلاً عنه غير متـولد منه كسكنى الدار وأجرة الدابة أو السيـارة فإنه يستحق لمن يدخل فى ضمـانه ذلك الشىء ومعنى هذا ربط استحقاق الإيراد أو الربح وهو الخراج بتبعية أو تحمل الهلاك للمال سواء كان الهلاك بتلف أو خسارة فإنه يطيب لمن عليه الضمان[(٣)]، فالذى يحصل على المنافع هو الذى يتحمل المخاطر فيكون خراجه أى منافعه وضمانه أى خسارته عليه وحده.

وعليه فـإن الكسب والأجرة للشىء غيـر المتولدة يطـيب لمن كان عليه الضـمان فلو رد المشترى المبيع بعـد قبضه بخيار العيب وكان قد استعـمله مدة لا يلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف فى يده قبل الرد لـكان يتلف عليه من ماله وكـذلك لو كان آجره، فـإن الأجرة تطيب له لأن الخراج بالضـمان لكن اخـتلف فى المبيع قـبل القبض إذا حـدثت الزيادة المنفصلة غـير المتولدة ثم ردَّ بالعيب فعند محمد هى للمـشترى بلا ثمن، وقيل: هى للبائع واتفقوا على أن الزيادة لا تطيب للمشترى لأن طيـبها إنما يكون بالملك والضمان وقبل القبض لـم يجتمعا فى أحدهما بل المسلك للمشترى والضمان على البائع حتى لو هلك المبيع والحالة هذه يهلك من ماله.

---

(١) يراجع: رد المختار من كتاب الحوالة ص ٢٩٥.

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ٤٢٣، ٤٢٤.

(٣) شرح القواعد الفقهية ص ٤٢٩ بتصرف.

ومما يتفرع على هذه القاعدة: الخراج بالضمان ما لو شرطا فى شركة الوجوه مناصفة المشترى أو مثالثته وشرطا الربح على خلاف ذلك فالشرط باطل، ومن الفروع أيضًا: ما لو استأجر دارًا ببدل ثم آجرها بأكثر منه من جنس ذلك البدل فإن الزيادة لا تطيب له إلا إذا أصلحها بإحداث ما تشاهد عينه فيها كبناء وتجصيص وجعل الإمام الخصاف كرى النهر من ذلك، بخلاف كنس الدار وإلقاء التراب من الأرض وإن تيسرت الزراعة فيها.

القاعدة الرابعة والعشرون: لا يجوز لأحد أن يتصرف فى ملك الغير بلا إذنه

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه لا يحل لأحد أن يتصرف تصرفًا فعليّا فى ملك الغير سواء كان خاصّا أو مشتركًا إلا إذنه سابقًا أو إجازته لاحقًا[(١)]. والتصرف نوعان: فعلى، وقولى، أما التصرف الفعلى فإن كان قد تقدمه إذن سابق فإنه يحل لأن الإذن السابق توكيل[(٢)] وإلا فلا يخلو عن أن يكون غصبًا بوضع اليد فقط أو تصرفًا بإحداث فعل ذى أثر أو إتلافًا فإن كان غصبًا فهو محظور والواجب رد العين ويكون مضمونًا عليه إذا تلف إلا إذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة، فإن العين بالإجازة تنقلب أمانة[(٣)].

وإن كان تصرفًا بإحداث فعل ذى أثر فى العين كالحفر فى ملك الغير بلا إذنه فليس للمالك أن يجبر الحافر على الردم لما حفره فى أرضه وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف بل يضمنه النقصان بخلاف الحفر فى سكة غير نافذة أو فى الطريق العام، فإن الحافر فيه يجبر على الردم لما حفره فى الأرض وهذا اتفاقًا، ثم إذا نشأ عن حفره هذا ضرر كما إذا وقع حيوان فى الحفرة فتلف يضمنه الحافر، لأنه متسبب ومتعد إلا إذا كان الحفر فى ملك الغير ورضى المالك بالحفر قبل وقوع الحيوان فإنه يسقط الضمان على الحافر حينئذ ويصير كأنه حفر بإذن المالك ابتداء حتى إنه لو أراد الحافر أن يردم ما حفره فى الأرض فليس له ذلك[(٤)]، وإن كان إتلافًا فهو مضمون بكل حال، سواء أجازه المالك أو لا، لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف.

وأما التصرف القولى فى ملك الغير كبيع الفضولى وهبته وإجارته وغيرها فإن أعقبه التسليم كان غاصبًا بالتسليم وضامنًا وعقده موقوف فإذا لحقته إجازة المالك بشروطها لزم،

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٦١.

(٢) المادة: ١٤٥٢.

(٣) جامع الفصولين الفصل ٣٣.

(٤) حاشية الرملى من جامع الفصولين ص١٢٦، ١٣٥.

وشرطها بقاء المالك والعين المتصرف فيها والمتعاقدين. ويزاد فى البيع قيام الثمن ويزاد فى الإجارة بقاء المدة، وإن كان التصرف قوليّا لم يعقبه تسليم فهو موقوف على إجازة المالك بشروطها وهو سائغ صحيح مع توقفه لأن الموقوف من قسم الصحيح إلا بيع المكره فإنه موقوف فاسد وهذا ليس من موضوع القاعدة، وإذا تصرف ثم ادعى أن تصرفه كان بالإذن وأنكر المالك فالقول للمالك إلا فى الزوج إذا كان قد تصرف فى مال زوجته حال حياتها ثم اختلف مع ورثتها بعد موتها فادعى أنه كان بإذنها وأنكر الورثة فالقول للزوج، ثم إن الإذن قد يكون صريحًا وذلك ظاهر، وقد يكون دلالة وذلك كما لو مرضت الشاة مع الراعى المستأجر فى المرعى مرضًا لا ترجى حياتها معه فذبحها فإنه لا يضمنها لأن ذلك مأذون فيه دلالة، ومثل إذن المالك إذن من له حق الإذن من ولى أو وصى أو وكيل أو متول، وهذه الشروط فى الإجازة إنما هى فى إجازة عقد الفضولى المحض غير المأذون له دلالة فإن كان مأذونًا له دلالة فلا تشترط هذه شروط يدل لذلك أنه لو مات فى السفر فباع رفقاؤه تركته وهم فى موضع ليس فيه قاض جاز بيعهم وللمشترى الانتفاع بما اشتراه ثم الوارث إن شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ما وجد من المتاع وضمن ما لم يجد فقد صحح الإجازة مع هلاك أحد الشريكين من أن الشريك الحاضر يقوم عليه فإذا أدركت الثمرة فإنه يبيع ويأخذ حصته ويقف حصة الغائب فإذا قدم الغائب يجيز بيعه أو يضمنه[1] فقد صحت الإجازة مع أن العنب من الأثمار التى لا تبقى وما ذلك إلا لأن الحاضر مأذون بالبيع وحفظ الثمن دلالة من شركة الغائب الذى لا يرضى أن تترك حصته حتى تتلف.

المستثنى من القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة مسائل يجوز التصرف فيها بمال الغير ديانة بلا إذنه، ومنها: أنه يجوز للرفقة فى السفر إذا مات أحدهم أو مرض أو أغمى عليه أن ينفقوا عليه من ماله وكذا لو أنفق بعض أهل المحلة على مسجد لا متولى له من غلته حصير ونحوه أو أنفق الورثة الكبار على الصغار الذين لا وصى لهم ففى جميع ذلك لا يضمن المنفقون ديانة أما فى القضاء فهم متطوعون. وكذلك المديون إذا مات دائنه وعليه دين لآخر مثله لم يقبضه فقضاه المديون أو مات رب الوديعة وعليه مثلها دين لآخر لم يقضه فقضاه المودع أو عرف الوصى دينًا على الميت فقضاه فجميع تصرفاتهم هذه جائزة ديانة ولكنهم متطوعون حكمًا.

---

(١) المادة: ١٠٨٦ من المجلة.

القاعدة الخامسة والعشرون: الجواز الشرعي ينافي الضمان

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الجواز الشرعى فعلاً أو تركًا ينافى الضمان، لأن الضمان والجواز الشرعى لا يجتمعان ولا يرتفعان فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر. ما لم يكن الجائز مقيدًا بشرط السلامة أو إتلاف مال الغير لأجل دفع الهلاك عن نفسه، لأن الضمان يستدعى سبق التعدى والجواز الشرعى يأبى وجوده[١].

فروع القاعدة:

أما فروع القاعدة فهى كثيرة ومن أهمها: أنه لو حفر إنسان بئرًا فى ملكه الخاص به أو فى طريق العامة ولكن بإذن ولى الأمر فوقع فيها حيوان أو وقع إنسان فهلك، لا يضمن حافر البئر شيئًا، وكذلك لو خالف فى حفظ الوديعة أو استعمال العين المستأجرة كما إذا قال: احفظها فى البيت الفلانى من دارك فحفظها فى بيت آخر مثله أو استأجر الدابة ليحملها مقدارًا معينًا من حنطة مثلاً فحملها المقدار نفسه من حنطة أخرى فلا ضمان، أو خالف إلى ما هو خير كما إذا حفظ الوديعة فى بيت أحصن من الذى عينه له المودع أو أستأجر الدابة ليحملها مقدارًا معينًا من حنطة فحملها نفس المقدار من شعير أو سمسم فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة فلا ضمان عليه فى شىء من ذلك[٢] وكذا لو أخذ الوكيل بالبيع رهنًا بثمن ما بعه فهلك الرهن لا يضمن للموكل وسقط الدين عن المشترى إذا كان مثل الثمن[٣] وكذا لو حبس الأجير العين التى لعمله فيها أثر لأجل الأجرة فهلكت فى يده لا يضمن العين وسقط الأجر لهلاكها قبل التسليم للمستأجر، وكذا لو فسخت الإجارة فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من الأجرة فهلكت العين فى يده لا يضمن ولا يسقط ما عجله من الإجارة، وكذلك لو أنفق الملتقط على اللقطة بأمر القاضى ليرجع بما أنفق على صاحبها ثم طلبها ربها فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلكت منه لا يضمن ولا تسقط النفقة على المعتمد وذلك لأن كل ما ذكر من الأعمال جائز والجواز الشرعى ينافى الضمان.

وأما إذا كان الأمر المباح تركا فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك فى يده المبيع أو الثمن أو امتنع المضارب عن العمل فى رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك فى يده أو أخر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر أو ليقضى به دين الدافع حتى هلك عنده فإنه لا ضمان عليهم لأن امتناع من ذكر جائز، والجواز الشرعى

---

(١) شرح القواعد الفقهية ص ٤٤٩ بتصرف.

(٢) مجلة الأحكام الأصولية المواد: ٦٠٥، ٧٨٤، ٩٢٤.

(٣) المحلية المادة: ١٥٠٠.

ينافى الضمان، وإنما شرطنا لعدم الضمان أن لا يكون الفـعل الجائز مقيدًا بشرط السلامة وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسـه ليخرج ما لو تلف بمروره بالطريق العام شىء أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئًـا بيدها أو فمها وهو راكبها أو سائقهـا أو قائدها فيضمن لأن مروره ذلك وإن كان مباحًا لكنه مـقيد بشرط السلامة[١]، وليخرج المضطـر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته، وليخرج ما لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق بغير إذن ولى الأمر وبغير إذن صاحبها فإنه يجوز له ذلك ويضمن قيمتها معرضة للحريق[٢].

وإذا كان مفهوم القاعدة أن عدم الجـواز الشرعى لا ينافى الضمان ولا يأباه فهل يستلزمه؟ فيه نظر وقد صـرح بعض الفقهاء بأن الإثم لا يستلزم الضمان وذلك فـيما لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت يأثم ولا يضمن وصرحوا فى الإكراه من أنه لو أكره بملجئ على قتل الغير أو قطع عضوه لا يحل له الإقدام فلو فعل فالقصاص على المكرِه (بالكسر) ويؤيده ما لو قصَّر المتولى فى مطالبة المـستأجر بالأجرة حتى اجتـمع عليه مال كثير فهـرب لا يضمن ولو قصر المتولى فى رفع المستأجر للحاكم لإبلاغ الأجرة إلى أجرة المثل إذا كان المستأجر ممتنعًا عن دفعها مع قـدرته على رفعه لا يضمن، وكما لو أودع اثنان مثليّـا عند آخر لم يجز له أن يدفع لأحدهما حصة منه بغيبة الآخر ولو دفع لا يضمن اسـتحسانًا ورجحه فى البحر واختار النسفى وغيـره الضمان وكـما لو سعى ببـرىء إلى ظالم قد يغـرم وقد لا يغرم فكل مـا ذكر من هذه الأعمال غير جائز شرعًا ولم يوجبوا به ضمانًا وكما لو وجد اللقطة وقد أمن من نفسه تعريفها وكانت بمعرض الضياع فلم يعرفها فإنه يأثم ولا يضمن لو ضاعت على المعتمد.

ما يستثنى من القاعدة:

خرج عن القاعدة مسائل: منها أن الوكيل بالشـراء له حبس المبيع عن موكله حتى يقبض منه الثمن ولكن لو هلك المـبيع فى يده والحالة هذه يلزم الوكـيل الثمن[٣]، ومنهـا: مـا لو استغل أحد الشريكين فى البستان أثماره وباعها حين غيبة شريكه فإن عمله هذا جائز ولكن إذا حضر شريكه فهو مخير بين أن يجيز البيع ويأخد الثمن وبين أن يضمنه حصته[٤]، ومنها: ما لو مات رفيـقه فى السفر ولا قاض فله بيع أمتـعته وحفظ ثمنها لورثتـه والورثة بالخيار بين أن يجيزوا البيع ويأخذوا الثمن أو يأخذوا ما وجـدوا ويضمِّنوه ما لم يجدوا، ومنها: ما لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعـريفها زمنًا كافيًا ثم جاء صاحـبها فهو بالخيار بين أن يجـيز تصدقه أو

(١) مجلة الأحكام المادة: ٩٢٦، ٩٢٣، ٩٣٣.

(٢) المادة: ٩٠٩ من المجلة.

(٣) المادة: ١٤٩٢ من المجلة.

(٤) المادة: ١٠٨٦.

يضمنه، ومنها: أنه لو وقع حريق فى محلة فهدم رجل بيت جاره لمنع سريان الحريق بلا إذن الجار أو ولى الأمر ثم انقطع الحريق ضمن قيمتها وهى فى حالة الحريق لا كاملة أى يضمنها على أنها معرضة للحريق بقيمتها ناقصة عن قيمتها كاملة ولا يكون آثمًا فى فعله على كل حال.

القاعدة السادسة والعشرون: قاعدة الغرم بالغنم

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الغرم مقابل بالغنم، والغرم هو ما يلزم المرء من مال لقاء ما يحصل له من منافع من ذلك الشيء فمثلاً تعمير العقار الموقوف تكون على من يرغب فى سكنى هذا العقار فى مقابلة سكناهم فيه وكذلك العقار المشترك تكون مؤنة تعميره على الشركاء فى مقابلة سكناهم فيه وكمؤنة كرى النهر المشترك وتعمير حافته وتطهير مائه فإنها على الشركاء فيه في مقابلة انتفاعهم بحق الشرب، وكإيجاب ضمان العين المرهونة على المرتهن لقاء تمكنه من استيفاء دينه من العين المرهونة.

ومن ذلك أيضًا: أن الأصل فى استثمار المال وطرق تنميته أن الشخص إذا كان يعمل فيه بنفسه فهو الذى يحصل على منافعه، ويتحمل مخاطره وضمانه فيكون خراجه له وضمانه عليه أى أن الغنم بالغرم، وإذا سلمه لشخص آخر لاستثماره أو ليتصرف فيه كيفما شاء فإن هذا المال يدخل فى ضمان الشخص المستلم لهذا المال لأن حق صاحب المال فى ذمته فتكون له منافعه وعليه ضمانه طالما أن المالك لا سلطان له على استثمار المال فإذا هلك ضمنه لصاحب المال مهما كانت الظروف وهذا ما ينطبق على القرض والديون والائتمان بكل صوره، وهذا بخلاف ما إذا نقل قدرته المالية إلى شخص وظل له سلطة على استعماله ففى هذه الحالة يتحمل نصيبًا من المخاطر بقدر المال الذى سلمه ويكون له فى مقابل ذلك عائد من الربح وهذا ما يحدث فى الشركات تخريجًا على قاعدة: الغرم بالغنم، وقاعدة: الخراج بالضمان[1].

وعملا بهذه القاعدة: فإن البنك يضمن للمودعين، وأيضًا فإن المقترضين من البنك يضمنون قيمة القروض... ومن ثم فلا يستحق البنك عائدًا على القروض ولا تلزمه فائدة لأصحاب الودائع وإذا أريد للمودع أن يأخذ عائدًا فليتحمل فى المخاطر الناتجة على استخدام البنك لهذه الودائع وإذا أريد للبنك أن يأخذ عائدًا ممن قدم له التمويل فليتحمل المخاطر وكل هذا لا يتأتى إلا فى إطار المشاركات التى يتحمل فيها كل طرف جزءًا من المخاطر مقابل

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٥٠.

حصوله على المنافع بناء على قاعدة: الغرم بالغنم، وقاعـدة: الخراج بالضمان، فإن معناهما ربط استـحقاق الإيراد أو الربح وهو الخراج بتـبعة أو تحـمل الهلاك للمال سواء كـان الهلاك بتلف أو خسارة والبـعد عن شرط الأسد وهو ذلك الشرط الجـائر الذى ضمن الكسب لطرف دون طرف وهذا الشرط ينافى العدل ويحـقق الظلم، فإن تحديد مقدار معـين مسبق من الربح بنسبة معـينة من رأس المال لا يحقق العدالة فقد يكون مسـاويًا لما تم تحديده وقد يكون دونه فإن إعطاء هذا المقدار المحدد لطرف يمثل تمييزًا له على حساب شريكه وهذا ما يسمى بشرط الأسد، ومن أجل ذلك اختلف الفقهاء فيما إذا كان اقتسام الربح حسب حصص رأس المال أو حسب الاتفاق وكان هذا الاختلاف فيما هو أعدل فالأحناف والحنابلة يرون جواز التفاضل فى الربح حـسب الاتفاق، والشـافعـية وأهل الظاهر على القـول بتسـاوى الربح مع حـصة رأس المـال[1]، ولا يقال فى تبرير الفائدة إن العادة جرت بذلك والعـادة محكمة كما لا يقال: إن ذلك من قبيل الشرط القائم بين المتعاقدين والمـعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، لأن العرف لا يؤخذ به إذا تعارض مع الشرع فلا يلتفت إليـه ولا يعمل، ولا يقال: إن مخاطر البنك قليلة أو هى معدمة أو يمكـن إذا حدثت أن تغطى من المخصصات وتنوع الاسـتخدام... لا يقال فى تبرير حل الفائدة ذلك لأن الواقع العملى أثبت حدوث مخاطر جسيمة للبنك وبشكل حاد فقد لا يحقق البنك فى كل الأحوال معدل الفوئد المطلوبة للمـودعين إضافة إلى ذلك مخاطر عدم السداد ومخاطـر الاستيلاء على أموال البنوك وهى ظاهرة موجـودة وقائمة فى هذه الأيام ومن أجل ذلك يتحتم البعد عـن العمليات الربوية ويستبدل عنها بالمشـاركات فى الغنم والغرم فهو البديل الـشرعى عن الغنم المـضمون المـتمـثل فى سعـر الفائدة الثـابتة، وعلى البنوك غـير الإسلاميـة أن تعدل نظامها فى المـستقبل فذلك فـيه صلاح للفرد وللمـجتمع وفيـه البعد عن مخاطر الربا الذى نهى الله عنه بقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ (٢٧٨) فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ**﴾ (البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩) ومن المسائل التى تندرج تحت قاعدة: الغرم بالغنم، إيجاب أجرة بيت حفظها وأجـرة حافظها عليه لقاء اسحقاقه حبـسها بدينه، ومثال ذلك لو باع الوصى عينًا مـن التركة ليـقضى دين الغرمـاء أو لم يكن دين فبـاعها لأجل الورثة وهم كـبار وقبض ثمنها فـضاع الثمن منه وتلفت العين المبيـعة قبل تسليمها رجع المـشترى على الوصى بالثمن وهو يرجع على من كان البـيع لأجله من الغرماء أو الورثة الكبار[2] ومن ذلك مـا إذا

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٦٢ شـرح الزرقانى ج ٦ ص ٤٨ فـتح العزيز ج١٠ ص ٤٣٤ المغـنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٤٧، المحلى ج ٨ ص ١٤٤.

(٢) جامع الفصولين الفصل الثانى والعشرين ص ٤١، ٤٢.

اتفقوا على قيمة ما يلقى فى البحر من الأمتعة المحمولة فى السفينة إذا أشرفت على الغرق من ثقلها فإنها تكون موزعة على ركاب السفينة بمقابلة سلامتهم من الغرق، وكأجرة صك الشراء وحجج المبيعات فإنها تكون على المشترى فى مقابلة استنفاعه بما اشتراه وكأجرة القسام والكيال والوزان، فإنها تكون على الشركاء لأن نفع ذلك عائد إليهم.

القاعدة السابعة والعشرون: قاعدة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الفعل ينسب حكمه إلى الفاعل ولا ينسب إلى الآمر لأن الفاعل هو العلة والأصل فى المعلولات أن تضاف إلى عللها لأنها هى المؤثرة فيها لا إلى أسبابها لأنها موصلة إليها فى الجملة والموصل دون المؤثر[1]، وإنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الأمر ما لم يكن الآمر مجبِراً أى مكرِهًا للفاعل على الفعل فإذا كان الآمر هو الذى أجبر الفاعل على الفعل فإنه حينئذ ينسب الفعل إليه لا إلى الفاعل لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة فى يد المكرِه الذى أكرهه على ارتكاب الفعل[2].

التطبيقات: فلو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو بقطع عضو آدمى أو بقتل نفس معصومة فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الآمر إلا إذا كان الآمر قد أجبره وأكرهه على الفعل فيكون الضمان أو القصاص عليه حينئذ بشرط أن يكون الإكراه ملجئًا[3] فإن كان الإكراه غير ملجئ فلا يعتبر فى مثل ذلك. ومن الإكراه المعتبر ما إذا كان الآمر ذا سلطة فإن الفعل يضاف إلى الآمر لا إلى الفاعل بل يرجع بما ضمنه على آمره إذا كان أمره معتبراً بأن كان عاقلاً بالغًا، أما إذا كان صغيراً أو غير عاقل فلا يرجع عليه، وحتى يكون الفاعل هو الضامن فإنه يشترط أن لا يصح أمر الآمر فى زعمه لأنه لو صح فى زعمه فإنه يرجع عليه بما ضمنه وإن كان الأمر غير صحيح فى الواقع فإذا أمره بفتح باب فى حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر وهذا فيما إذا قال: احفر لى، أو قال: احفر فى حائطى، أو كان ساكنًا فى تلك الدار أو استأجره على ذلك لأن ذلك كله من علامات الملك وإلا فلا يرجع لأن الأمر لم يصح فى زعم المأمور.

---

(١) بتصرف من شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٣ والمادة: ٩٥ من المجلة وجامع الفصولين.
(٢) بتصرف فى الصياغة من شرح القواعد الفقهية ص ٤٤٣.
(٣) المادة: ٩٤٩.

ومما صـح فيه أمر الآمر فى زعـم المأمور أنه لو قال رجل لأهل السـوق بايعوا ابنى هذا فقد أذنت له بالتجارة فبايعوه ثم ظهر أنه ابن الغير رجعوا على الرجل لأن الأمر بقوله (بايعوا) والإضافة بقوله (ابنى) يصححان أمر الآمر فى زعم المأمور ويجعلانه مغرورًا من قبل الآمر فلا يقتصر فعل هؤلاء من الحفر والمبايعـة عليهم بل يرجعون بما تضرروا به على الآمر، وكذلك لو أمره بإنفـاق على نفسـه أو على بناء داره ففـعل رجع عليه فى جمـيع ذلك، لأن ما أنفـقه المأمور كان لقاء ما أدخله بواسطة إنفـاقه فى ملك الآمر من الطعام والكسوة والبناء وكذلك لو أمر الأسير غيره بفدائه رجع عليه لأن ما دفـعه المأمور على الآمر بلا اشتراط، نعم فى مسألة الأسيـر قولان: قيل: له الرجـوع بلا اشتراط، وقـيل: لا بد من الاشتراط لحق الرجـوع فإذا اشترط عليه الرجوع رجع وإلا فلا.

مايستثنى:

خرج عن هذه القاعدة ما لو كان المأمور أجيرًا خاصًا للآمر فتلف بعمله شىء من غير أن يجاوز المعتاد فالضمان على الآمر له، فلـو تخرق الثوب من دقه فالضمان على الآمر وكذا لو أمره برش المـاء فى فناء دكانه فـرش فمـا تولد منه فالضـمان على الآمر وإن كـان بغيـر أمره فالضمان على الراش[١]، وعليه: فإن دعوى الضمان تكون على المباشر لا غير صح الأمر أو لم يصح، فإن صح الأمر رجع المباشر على الآمر وإن لم يصح فلا رجوع، والظاهر أن إضافة الفعل للفاعل لا للآمـر إنما تكون فى فعل ظهر فـيه تعد على الغير مـوجب للضمان، فلو لم يكن فيه شىء من هذا فإن الفعل يضاف حينئذ للآمر إذا كان الفعل يقبل الاستنابة بدليل أنه لو حلف بطلاق زوجته أن لا يدخل دار فـلان فأمر غيره فحـمله وأدخله حنث، وبدليل ما نصوا عليه من حنث من حلف بطلاق زوجته أن لا يفعل الأمر الفلانى فـأمر غيره بفعله ففعله إلا ما استـثنوه من المسائل التى لا يلزم المـوكل إضافتهـا إلى موكله أو التى لا ولاية للآمر فيـها، كضرب ابنه الكبير.

(١) جامع الفصولين الفصل ٣٣ ص ١٢٥.

القاعدة الثامنة والعشرون: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الأمر الثابت بالبينة العادلة كالمشاهد بالعيان، فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما ثبت بالبينة المزكاة لا تسوغ مخالفته لأن البينة كاسمها مبينة فإذا ثبت بالبينة وهى إقرار المدعى عليه بالمدعى فإنه يحكم عليه بما أقر به وكأنه ثبت بالمشاهدة، وكذلك إذا ثبت الدين المدعى به أو البيع أو الكفالة أو الغصب أو الملك بالبينة فإنه يحكم بمقتضى البينة لأنها بمنزلة ما شوهد بالحس.

ولا يفترق ما ثبت بالبينة عما ثبت بالحس والمشاهدة إلا فى شىء واحد وهو أن ما كان قائما مشاهدًا لا تسمع دعوى ما يخالفه ولا تقام البينة عليه ولا على الإقرار، كما إذا ادعى على آخر أنه قتل مورثه، وهو حى، أو أنه قطع يده وهى قائمة، إلا إذا كان أمرًا منقضيًا وثبت بالبينة فإنه تسمع دعوى ما يخالفه كما إذا ادعى عليه دينًا فأثبته بالبينة فادعى عليه المدعى عليه أنه أقر بأن لا شىء له عليه فإنها تسمع الدعوى.

ما يستثنى من القاعدة:

يستثنى من القاعدة ما لو أنكر المدعى عليه المال وحلف بالطلاق على ذلك فأقام المدعى شاهدين شهدا بإقراضه له لم يحنث لأنه بالشهادة على الإقراض لم يتحقق قيام الدين حين الحلف كما يعلم من المحل المذكور(١).

القاعدة التاسعة والعشرون: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه، للتيقن بكذب مدعيه كقول من لا يولد لمثله: هذا ابنى، فكذلك الممتنع عادة كدعوى رجل معروف بالفقر على رجل آخر أموالاً جسيمة لم يعهد عنه أنه أصابها بإرث أو بغيره فكما لا تسمع الدعوى السابقة فلا تسمع هذه الدعوى لأن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة لأن الكذب فيها ظاهر وقوى فلا يعمل بها ولا يترتب عليها ثبوت حق وهذا أمر ظاهر والحكم به صحيح والحق أحق أن يتبع ومن ثم تبطل الدعوى وترد على مدعيها ولا يلتفت إليها لأنها مجانبة للواقع وبعيدة عن الصواب وليس بعد الحق إلا الضلال.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٦٧، ٣٦٨.

فروع القاعدة:

هذه القاعـدة لها فروع تدخل تحتـها ومسائل تدل عليـها وتوضح مدلولاتها وهى كـثيرة ومـثبـوتة فى أبواب الفقـه الإسلامى على اتسـاعـه واختـلاف أبوابه ونحن هنا نورد أهم هذه المســائل والتطبيقات ومنهــا: أن يدعى المدعى إقرار المـدعى عليه بعد أن طالت الخصـومة بينهما، وكدعوى الأجنبى على المشترى أن المبـيع ملكه أو أن له فيه حصة بعدما رآه يتصرف فى المبيع تصرف الملاك فى أملاكهم بالهدم أو البناء أو الغراس، وكدعوى المتولى أو الوصى أنه أنفق أموالاً عظيـمة كذبه فيهـا الظاهر على الوقف أو اليتيم، فكل ذلك وغـيره من تكذيب التواتر لا تسمع الدعوى بشىء منه ولا تقام البينة عليه.

ويجب أن يلاحظ أن الظاهر أن الممتنع حقيقة كدعوى بنوة أو أبوة من لا يولد مثله لمثله يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها ويستبد به ولا حاجة إلى أن يدفع الخصم بأنها ممـتنعة حقيقة أو أنها لا تسمع، إذ لا فـائدة فى سؤاله عنها لأنه لو أقر لا ينفذ إقراره لأن شرط نفوذ الإقرار على المقر إمكان تصور صحته ولا يتصور صحة ذلك.

ويلحق به دعوى المـتولى أو الوصى أنه أنفق على عقـار الوقف أو على اليتيم أو عـقاره مبلغًا يكذبه فيـه الظاهر، فإن الحاكم يستبد بردها من غير أن يسـأل الخصم عنها إن كان هناك خصومة، ولا يقبل قوله ولا يمينه إن كان ذلك أثناء محاسبته له، إذ لا فائدة فى سؤال الخصم عنها لأن السؤال إنما يكون رجاء الاعتراف وهو لا يملك الاعتراف على الوقف أو اليتيم بذلك فيردها، أما بقيـة المسائل المفرعة على المادة فـإن الظاهر أن الحاكم لا يردها ابتداء بل يسأل الخصم عنها فـإن دافع بأنها لا تسمع لامتناعـها عادة ردها حينئـذ، وذلك لأن الخصم لو أقر بالمدعى به لدى الحـاكم، والحالة هذه، نفذ عليـه خصوصـًا أن فى بعضها لا بد من إقـامة المدعى عليـه البينة على المدعى بما يفـيد امتناع مدعاه عـادة، كقرابته له واطلاعـه على بيعه العين المدعى بها، كاطلاعه على الشراء وعلى تصرف المشترى زمانًا تصرف الملاك، وككون المدعى معروفا بالفـقر، وإقامة البينة لا تكون إلا بعد سؤال الحاكم له عن الدعـوى وموافقته بذلك.

القاعدة الثلاثون: إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل

معنى هذه القاعدة أنه إذا بطل الأصل بأن صار متعذرًا فإنه يصار إلى البدل أما ما دام الأصل ممكنا فلا يصار إلى البدل ففي العين المغصوبة إذا كانت في يد الغاصب وجب رد عينها لأن تسليم عين الواجب هو الأصل على الراجح لأنه إذا رد العين فقد رد الأصل صورة ومعنى وتسليم البدل رده معنى فقط وهو خلف عن الواجب والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل، وفي عقد الإجارة على شهر مثلاً فإن وقع العقد في ابتداء الشهر اعتبر الهلال، إذ هو الأصل، وإن وقع في أثنائه وتعذر اعتبار الأصل وهو الهلال فإنه يصار إلى البدل وهو الأيام، وفي البيع بالوكالة عن المالك فإذا كان للمشترى دين على الموكِّل ودين على الوكيل تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل فإذا لم يكن دين على الموكل بل كان دينه على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل ثمن المبيع لأنه قضى دينه بماله.

فروع القاعدة:

ومما يتفرع على هذه القاعدة: أن الغاصب إذا أعطى للمغصوب منه رهنًا بالعين المغصوبة ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب، فإن الرهن يكون بدلاً لها سواء من المثل أو القيمة، وكذلك لو أن المسلم إليه أعطى لرب السلم رهنًا بالعين المسلم فيها ثم انفسخ عقد السلم لسبب من الأسباب فإن الرهن يصير رهنًا برأس مال السلم الذى قبضه المسلم إليه، ومما يتفرع على القاعدة ما لو كان رأس مال السلم قيميًا كالحيوان فقبضه المسلم إليه فهلك في يده ثم تقايلا صحت الإقالة وعليه قيمته لرب السلم لأنه إذا تعذر رد الأصل فإنه يصار إلى البدل.

القاعدة الحادية والثلاثون: السؤال معاد في الجواب

فلو قال رجل لآخر: طلقت امرأتك؟ أو قال له: هل لفلان عليك كذا من المال وسماه؟ أو قال له: هل أوصيت بكذا؟ أو هل بعت الشيء الفلانى من فلان؟ أو هل آجرته دارك مثلاً؟ أو قال له هل قتلت فلانا؟ فقال مجيبًا بنعم فإنه يكون مقرّا بما سئل عنه، ويكون مثل السؤال غير السؤال من ألفاظ الإنشاء كما لو قالت له امرأته: أنا طالق، فقال: نعم، أو قال شخص لآخر: امرأة فلان طالق، أو قال: عليه المشى إلى بيت الله الحرام إن دخل هذه الدار فقال فلان: نعم، كان حالفًا وكذا لو قال لآخر: اسرج لى دابتى هذه أو جصص لى دارى - والجص ما تطلى به البيوت من الجير - فقال: نعم، كان إقرارًا منه بالدابة والدار.

القاعدة الثانية والثلاثون: إذا تعذر إعمال الكلام يُهمل

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه إذا تعذر إعمال الكلام بأن كـان لا يمكن حمله على معنى حقيقى لتعـذر الحقيقـة بوجه من الوجوه أو كان الظاهر يكذبه فـإنه يهمل حينئـذ بمعنى أنه يلغى ولا يعمل به، كما لو كفل كفالة وهو لا يعلم هل هى كفالة نفس أو كفالة مال فإن هذه الكفالة لا تصح للجهالة بحقيقة الكفالة ونوعها.

وكمـا لو كفل بالعهدة فـإن الكفالة بالعهـدة لا تصح لأن العهدة اسم مشـترك، يقع على الصك وعلى العقـد وعلى حقوق العـقد وعلى الدرك وخيـار الشرط وعلى الأعيان المـوكول حفظها إلى مـؤتمن مسئول[١]، ومن هذا ما لو قال رجل: ادفعـوا هذه الدار وهذه الثياب إلى فـلان، ولم يقل إنهـا له ولا قـال هى وصـيـة، قـالوا: هذا بـاطل، إذ ليس هذا بإقـرار ولا وصية[٢].

وأما تعذر الحقيقة وعدم إمكان الحمل على المعنى المجازى لكونه غير مستعمل فكما لو قال لشخص معروف النسب هذا ابنى فإنه كما لا يصح إرادة الحقيقة منه لثبوت نسبه من الغير لا تصح أيضًا إرادة المجاز وهو الإيصاء له بإحلاله محل الابن فى أخـذ مثل نصيبه من التركة لأن ذلك المجاز غير مستعمل، والحقيقة إذا لم تكن مستعملة لا يصار إليها فالمجاز أولى.

وأما تكذيب الحس فكدعوى إنسان أنه قـتل المورث فى حين أنه حى، أو ادعى أنه قطع العـضو والحـال أن هذا العضـو قـائم ولم يقطع، وكدعـوى الدخـول بالزوجة فى حـين أنه مجبوب.

وأمـا ما هو فى حكم الحس فكدعـوى شخـص أنه بلغ فى حين أن سنه أو جـسمـه لا يحتـمل ذلك، وكدعوى صرف المـتولى أو الوصى على الوقف أو الصغـير مبلغًا لا يحـتمله الظاهر فكل ذلك يلغى ولا يعتبر ولا يعمل به وإن أقيمت عليه البينة فهى بينة كاذبة.

القاعدة الثالثة والثلاثون: التابع تابع

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن التابع لشىء فى الوجود بأن كان جـزءًا مما يضره التبعيض كالجلد من الحـيوان أو كالجـزء وذلك كالجنـين وكالفص للخـاتم يكون تابعًا لذلك الشىء فـلو أقر شخص بخاتم دخل فـصه لأنه تابع أو كان وصفًا فـيه كالشجر والبـناء القائمين فى الأرض أو كان التابع لهذا الشىء من ضـروراته كالطريق للدار وكالعجول للبقر الحلوب والمـفتاح للقفل وكالجفن والحمائل للسيف.

---

(١) المعجم الوجيز ص ٤٣٨. (٢) جامع الفصولين الفصل الرابع والثلاثين من كتاب الوصية ص ٢٥٧.

فهذه الأشياء كلها تابعة للأصل فإذا أقر بسيف دخل جفنه وحمائله معه وكانا تابعين له فى الحكم فيدخل الجنين فى بيع الأم تبعًا وإن لم ينص عليه، وإذا ضرب بطن امرأة فماتت ثم بعد موتها ألقت جنينًا ميتًا فعلى الضارب دية الأم ولا غرة فى الجنين فقد اعتبرت غرته داخلة فى دية الأم لكونه تبعًا لها، وكذلك الطريق فى السكة غير النافذة الموصلة إلى الطريق العام يدخل فى بيع الأرض تبعًا وإن لم ينص عليه بخلاف الطريق إذا كان فى ملك الغير فإنه لا يدخل بلا تنصيص عليه أو على الحقوق والمرافق، وكذلك يدخل البناء وتدخل الأشجار التى غرست للقرار، مثمرة كانت أو غير ذوات الثمر، صغيرة أو كبيرة.

أما المثمرة فلا كلام فى دخولها وأما التى لا تثمر فهى تدخل فى الأصح صغيرة أو كبيرة وتستثنى الشجرة اليابسة لأنها على شرف القطع فهى كحطب موضوع فى الأرض وهذا حيث لا يكون هناك عرف فلو كان هناك عرف وجب أن يتبع.

وأما الأشجار التى غرست لا للقرار بل للقطع بعد كبرها كالحور ونحوه فقد وقع فى شأنها اضطراب والأصل أنها تدخل تبعًا كما تدخل زوائد الرهن كالولد والثمرة واللبن والصوف وتكون رهنًا تبعًا للأصل، وكذلك زوائد المبيع إذا حدثت قبل القبض تكون للمشترى وكذلك زوائد المغصوب تكون للمغصوب منه تبعًا لما له، وكما أن التابع يدخل فى البيع يدخل أيضًا فى الشهادة والقضاء، لكن إذا كان دخوله فى الشهادة والقضاء تبعًا فإنما يعتبر دخوله وتبعيته ما دام مسكوتًا عنه وغير متنازع فيه أما إذا لم يكن مسكوتًا عنه بل ادعى المدعى عليه عدم دخوله فإن الدعوى لا تسمع منه والشهادة تقبل عليه فلو ادعى رجل على آخر دعوى وأقام شاهدين شهدا له بالأرض وسكتا عن البناء دخل البناء تبعًا.

ولكن تسمع دعوى المدعى عليه البناء إذ صار محكومًا عليه بالبناء تبعًا فصح دعواه مقصودًا وكذا لو ادعى بقرة فقضى له دخل ولدها بالتبعية ثم ادعى المدعى عليه الولد تسمع دعواه عند أبى يوسف خلافًا لمحمد وكذا لو شهد شاهد له بخاتم أو سيف ولم يذكر الشاهدان فصًا للخاتم أو حلية السيف فإنه يحكم بالخاتم وفصه وبالسيف وحليته للمدعى من غير أن يكون الفص والحلية مشهودًا بهما حتى لو برهن المدعى عليه أن الفص أو الحلية له فإن دعواه تقبل قبل الحكم وبعده.

أما إذا كان التابع لم يدخل بالتبعية بل دخل قصدًا فإنه لا تسمع دعوى عدم دخوله كما لو ادعى حانوتًا وأقام شاهدين شهدا له بكل الحانوت فحكم له به، فادعى كل البناء أو بعضه لا تسمع دعواه وإن لم يشهد بالبناء مقصودًا إذ الحانوت اسم للجملة فصار المدعى عليه محكومًا عليه فى الكل مقصودًا[1]، وما يدخل فى البيع تبعًا إذا هلك فى يد البائع لا يسقط فى مقابله

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٥٤ وما بعدها.

شىء من الثمن ويخير المـشترى بين أخذه بكل الثمن أو تركه، وأمـا إذا استحق ما يدخل مع البيع تبعًـا فإن استحق قـبل قبض المشترى للمـبيع فينظر فإمـا أن يجوز بيعه وحده كـالشجر وبرذعة الحمـار أو يكون لا يجوز بيعه وحده كـالشرب، فالأول: له حصة من الثـمن فيرجع المشترى بحصته على البائع، والثانى: ليس له حصة من الثمن فلا يرجع المشترى على البائع بشىء ولكن يخير بين أخذه بكل الثمن أو تركه(١).

القاعدة الثالثة والثلاثون: التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصودًا

معنى القاعدة:

هذه القاعدة من القواعـد المندرجة تحت قاعدة: التابع تابع، فهى مكملة لهـا وموضحة لمعناها فقـد بينت أن التابع لا يفرد بالحكم فالجنين الذى فى بطن أمه لا يبـاع منفردًا عن أمه ولا يرهن، لأن ما لا يصح إيراد العقد عليه منفردًا لا يصح استثناؤه من العقد ولو استثنى فسد البيع دون الرهن وكذلك لا يفرد بهبة لكنه لو استثنى صـحت الهبة وبطل الاستثناء ومثل الهبة الصدقـة أو المهر أو النكاح أو بـدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد فـفى ذلك كله يصح العقد ويبطل الاستثناء.

ومثل الجنين فى بطن أمه كل ما كان اتصاله خلقة كاللبن فى الضرع واللؤلؤ فى الصدف، والصوف على ظهـر الغنم، والجلد على الحيـوان، والنوى فى الثمـر، وهذا كله إذا لم يصر التابع مـقصودًا أمـا إذا صار مقـصودًا فإنـه يفرد بالحكم وذلك كزوائد المـغصوب الـمنفصلة المتولدة فإنها أمـانة فى يد الغاصب غير مضمونة عليه إلا بالتعدى عليـها أو منعها بعد الطلب فإنه إذا تعدى أو منعها بعد طلبها فإنه يضمنها لأنها صارت مقصودة لذاتها.

ومثل زوائد العـين المغصـوبة زوائد الرهن المنفصلة المتـولدة فإنها تكون رهنًا تبـعًا ولا يقابل شىء من الدين، فلو هلكت لا يسقط شىء من الدين ولكن إذا صـارت مقصودة بالفك من الرهن بأن بقيت بعد هلاك الأصل فإنها تفك بحصتهـا من الدين فيقسم الدين على قيمتها يوم الفك وقيمة الأصل يوم القبض ويسقط من الدين حصة الأجل وتفتك الزوائد بحصتها من الدين وكذلك زوائد المـبيع المنفصلة المـتولدة إذا حدثت قبل الـقبض تكون تبعًا للمـبيع ولا يقابلها شىء من الثمن لو تلفت ولكن لو أتلفها البائع سقطت حـصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم الهلاك(٢).

ويستثنى مسائل خرجت عن هذه القـاعدة منها: أن الجنين يورث فتكون غرته بين ورثته،

---

(١) المرجع السابق نفسه ص ٢٥٥ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق نفسه ص ٢٥٧ وما بعدها.

ومنها: أنه يصح الإيصاء بالجنين والإيصاء له إذا ولد لأقل مدة الحمل وقت الوصية، ويصح الإقرار له إذا ولد لأقل مدة الحمل من وقت الإقرار إذا بين سببًا صالحًا لملك الحمل للمقر به كإرث أو وصية ويصح الإقرار به بدون أمه إذا ولد لأقل مدة الحمل وإن لم يبين المقر سببا صالحًا للإقرار به بدون أمه والفرق بين الإقرار له والإقرار به حيث يشترط لصحة الأول أن يبين المقر سببًا صالحًا دون الثانى لأن المقر له فى الثانى أهل للتملك على الإطلاق بخلافه فى الأول فإن الحمل ليس بأهل للتملك على الإطلاق وإذا بين سببًا صالحًا فإنه يصح الإقرار له بالتملك، ومن المسائل التى خرجت عن القاعدة وهى: أن التابع لا يفرد بالحكم ما لو أبطل المديون الأجل صح ويحل الدين مع أن الأجل صفة للدين والصفة تتبع الموصوف ومن المسائل التى لا تندرج تحت القاعدة أن الدابة المبيعة إذا استحقت بالبينة وكانت قد ولدت فى يد المشترى فإن ولدها يتبعها فى الاستحقاق لكن بشرط القضاء به وهذا إذا سكت الشهود عنه أما إذا بينوا أنه لذى اليد أو سئلوا فقالوا: لا ندرى، فلا يتبعها.

فائدة: أقل مدة الحمل للآدمى ستة أشهر، ومدته للفيل أحد عشر شهرًا، ومدة الحمل للإبل والخيل والحمير سنة وللبقر تسعة أشهر، ومدة الحمل للشاة خمسة أشهر وقيل: أربعة أشهر، وللسنور شهران، وللكلب أربعون يومًا، وللطير واحد وعشرون يومًا.

ويجب أن ننبه هنا فى هذا المقام أن ما يثبت تبعًا لا تراعى فيه شرائط الأصل فلو أقر رجلان من الورثة أو أقر رجل وامرأتان بابن للميت يثبت نسبه للميت ويسرى ثبوته على غير المقرين ولا تشترط له شروط الشهادة ومن أجل ذلك يثبت النسب بشهادة القابلة ويثبت له استحقاق الإرث تبعًا لثبوت النسب[1].

القاعدة الرابعة والثلاثون: من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن من ملك شيئًا ملك عين أو تصرف ملك ما هو من ضروراته فمن اشترى دارًا مثلاً ملك الطريق الموصل إليها بدون تنصيص عليه ما لم يكن مملوكًا ملكًا خاصًا[2].

وكذلك لو اشترى رحى مبنية دخل المجرى الأعلى أو اشترى قفلا دخل مفاتحه أو بقرة حلوبًا لأجل اللبن دخل عجلها وهذه أمثلة لملك العين.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٥٨، ٢٥٩.
(٢) المادة: ٦، ٤٧ من المجلة.

وأما ملك التصرف أن يعرض الدلال شيئًا على رب الدكان ويتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب هذا الشيء فلا يضمن الدلال على الصحيح لأنه تصرف لا بد منه فى البيع وبهذا يكون الدلال قد ملك ترك الشيء المعروض للبيع عند رب الدكان لأن هذا من ضرورات البيع ولا بد منه فكان مأمورًا به بخلاف ما لو أخذه وكيل الشراء على سوم الشراء فهلك وقد بين الثمن فإنه يضمن ولا يرجع على موكله إذا لم يكن أمره بالأخذ على سوم الشراء، إذ الأمر بالشراء لم يكن أمرًا بالقبض على سوم الشراء[1].

القاعدة الخامسة والثلاثون: إذا سقط الأصل سقط الفرع

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الأصل إذا سقط سقط الفرع لكن سقوط الفرع لا يسقط الأصل فمثلاً لو أبرأ الدائن الأصيل عن الدين برئ الكفيل بالمال عن الكفالة بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل فإنه لا يبرأ الأصيل، وكذا لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه له سقط ضمان الرهن وانقلب أمانة، فإذا هلك فى يد مرتهنه بلا حبسه يهلك أمانة ولا ضمان عليه بخلاف ما بعد إيفاء الدين فإنه مضمون وذلك لأنه بالإيفاء لم يسقط الدين لأن الديون تقضى بأمثالها[2].

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة ما لو حلف ليقضين دينه غدًا فأبرأه الدائن.

عن الدين قبل مضى الغد أو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم وكان فيه ماء فصب قبل مضى اليوم بطلت اليمين لأن بقاءها فرع عن بقاء الدين وبقاء الماء.

وخرج عن هذه القاعدة مسألة سقط فيها الأصل ولم يسقط الفرع وهى: ما إذا كانت الكفالة بنفس المديون فأبرأه الدائن عن الدين فإن الدين يسقط ولكن تبقى كفالة النفس فيطالب الدائن الكفيل بإحضار المدين إلا إذا قال الدائن لا حق لى قبل المديون وحينئذ فيلزم البحث عما إذا كان كفيل النفس قد كفل المديون نفس المديون وتسليمه للدائن لأجل هذا الدين فقط ثم أبرأ الدائن المديون من هذا الدين أو أن المديون قد وفاه الدين والظاهر سقوط الكفالة بسقوط الدين مطلقًا.

---

(١) شرح القواعد الفقهية ص ٢٦١.

(٢) المرجع السابق ص ٢٦٣.

القاعدة السادسة والثلاثون: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناهنا يفيد أن الشيء إذا بطل فإنه يبطل ما فى ضمنه وعبر بعضهم عنها بقوله: إذا بطل المتضمِّن - بكسر الميم - بطل المتضمَّن - بفتحها - ولهذه القاعدة فروع تندرج تحتها فروع هذه القاعدة:

من هذه الفروع ما لو أقر إنسان لآخر بحق أو أبرأه من حق وكان هذا الإقرار أو الإبراء مترتبًا على عقد بيع أو صلح ثم بطل البيع أو الصلح بطل الإقرار والإبراء.

ومثال ذلك أن يكون شخص قد اشترى شيئًا من آخر عقارًا أو سيارة فإن هذا الشراء يتضمن إقرار البائع للمشترى بالملك أو يكون قد اشتراه من البائع وأقر له بالثمن فى ذمته ثم ظهر أن المبيع مستحق للغير ولم يجز المستحق هذا البيع فإن البيع يبطل ويبطل ما تضمنه أو ترتب عليه من الإقرار بالملك وبالثمن ويرجع المشترى على البائع بالثمن إذا كان قد دفعه له، ولا يمنعه إقراره من ذلك لأنه بطل ببطلان البيع الذى تضمنه، وكذلك إذا صالح البائع المشترى عن دعوى العيب على مال دفعه البائع للمشترى ثم برأ المبيع بدون معالجة المشترى بطل الصلح وبطل ما ترتب عليه ورجع البائع على المشترى بما دفعه له.

ومثل ذلك أيضًا: لو صالح المدعَى عليه المنكر المدعى على مال ودفعه المدعى عليه للمدعى ثم اعترف المدعى بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه أى شيء بطل الصلح ورجع المدعَى عليه على المدعى بما دفعه له من البدل ولا يمنعه من الرجوع ما تضمنه عقد الصلح من اعتراف المدعَى عليه بالمال المدعَى به، لبطلان ذلك الاعتراف ببطلان الصلح[1].

ومن الفروع ما لو اشترى شيئًا من شخص أكره على البيع وتصرف فيه المشترى تصرفًا يقبل النقص أى الإبطال ثم زال الإكراه فإن البائع له إبطال تصرف المشترى، ومن الفروع على قاعدة: إذا بطل الشيء بطل ما فى ضمنه، ما لو باع بيعًا فاسدًا بغير إكراه، ثم سلم البائع الشيء المبيع للمشترى وسلم المشترى الثمن للبائع فإن البيع هذا لا ينعقد ولا يصح أن يكون بيعًا بالتعاطى لأنه مبنى على عقد فاسد وما بنى على فاسد فهو فاسد.

وإنما قال بغير إكراه لأنه لو كان بإكراه ثم سلمه بعد زواله نفذ البيع، ومن الفروع ما لو قال شخص لآخر: بعتك دمى بكذا ألف من المال فقتله وجب القصاص، وكذلك لو اشترى

---

(١) الدر المختار وحاشية ج ٤ ص ١٩٩، ٢٠٠.

من خصمه اليـمين التى توجهت عليه بمال لم يلزم هذا المال وكان للخـصم أن يستحلفه لأنه لما بطل العقد فى المسألتين بطل ما فى ضـمنه من الإذن بالقتل وإسقاط اليمين بخلاف ما لو أمر بقتله أو صالحـه عن طلب اليمين على مال أو افتداه منه بالمال حـيث يسقط القصاص فى الأولى واليمين فى الثانية ويلزم المال.

ومن الفروع ما لو كـان لشخص على آخر دين مؤجل فـاشترى منه بهذا الدين شيـئًا فإن الأجل يسقط فإذا رد العـين المشتراة على البـائع المديون بخيار العيب بحـكم الحاكم انفسخ البـيع وعاد الدين مـؤجلاً كـما كـان بخلاف مـا إذا رده إلى البائع بعـد القبض بالتـراضى لا بالتقاضى فإن الأجل لا يعود بخلاف ما لو رده بـالإقالة فإنه لا يعود أيضًا، ومن الفروع ما لو كانت النفقة التى على الزوج غير مستدانة بأمر القاضى فأبان الزوجة لا بقصد إسقاط النفقة بل بسبب آخر، أو مات الزوج عنها فإن النفقة المتراكمة عليه تسقط عن ذمته لأنه لما بطل النكاح بطل ما ترتب عليه من النفقة.

ما يستثنى من القاعدة: فإن هذه القاعدة خرج عنها مسائل كثيرة: ومنها:

- ما لو اشـترى ثمراً غيـر غير ناضج ثم استـأجر الأشجار ليـبقى الثمر عليـها إلى وقت الجذاذ فالإجـارة باطلة ولا يبطل ما فى ضمنهـا من الإذن بإبقاء الثمر فإذا أبقـاه فزاد طابت له الزيادة.

ومن الصور المـستثناة ما لو اشترى دارًا وقبل أن يراها بيعت دار بجانبها فأخذها بالشفعة ثم رد الدار الأولى بخيار الرؤية تبقى الدار الثانية التى أخـذها بالشفعة له فقد بطل شراؤه الذى ترتب عليه الأخذ بالشفعة ولم يبطل الأخذ بها[١].

ومن الصـور المشتـناة: ما لو طلق الزوج إحدى زوجتيه طلاقًا مـبهمًا ثم ماتت إحداهما قبل البيان فإن الزوجة الحية تتعـين للطلاق، فلو قال: كنت عنيت المتوفاة بالطلاق، لا يعتبر قوله ذلك فإن قوله: كنت عنيت المتوفاة بالطلاق لم يعمل عمله ولكن يبطل ما ترتب عليه من حرمان الإرث فلا يرث منها[٢].

ومن الصـور المـستـثناة: ما لو كان لشـخص على آخر دين مؤجل فاشترى به شـيئًا من المدين فإن الأجل يسقط فإذا تقايلا - أى قال أحدهما للآخر أقلنى من عقد البيع - انفسخ البيع ولا يعود الأجل وصار دينه حالاً فقد بطل المتضـمِّن وهو عقد البيع ولم يبطل المتضمَّن الذى وقع فى ضمنه وهو سقوط الأجل وحلول الدين.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٧٦.

(٢) المسبوط للسرخسى ج ٦ ص ١٢٣.

ومن الصور المستثناة ما لو أقر الوكيل بالخصومة على موكله فى غير مجلس الحاكم فإن إقراره لا يعتبر ولكن ينعزل به عن الوكالة فقد بطل الإقرار ولم يبطل ما تضمنه من أنه لا يحق له مخاصمة المدعى فيما يدعى على موكله.

ومنها: ما لو دخل بالزوجة بعد نكاح فاسد قد سمى لها فيه مهرًا فإنه يجب لها مهر المثل لا يتجاوز به المسمى.

ومنها ما لو استوفى المنفعة فى الإجارة الفاسدة فإنه يجب عليه أجرة المثل لا يتجاوز به المسمى لو كان هناك مسمى لرضا الزوجة بالمسمى فى الأول ورضا المؤجر به فى الثانى فقد فسد المتضمِّن وهو النكاح والإجارة ولم يفسد المتضمَّن وهو الرضا بالمسمى فيها الذى تضمنه العقد.

القاعدة السابعة والثلاثون: الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الحقوق الساقطة أو القابلة للسقوط إذا سقط منها شىء بمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه فكما أن المعدوم لا يعود فكذلك الساقط بعد سقوطه أصبح معدومًا فلا يعود[(١)].

فخرج بذلك الحقوق غير القابلة للسقوط كحق فسخ العقد الفاسد وحق الرجوع فى الهبة وحق الاستحقاق فى الوقف وكذلك حق الوكيل فى القيام بما وكل به، وحق المستعير فى الانتفاع بالعارية، وحق الإدخال والإخراج فى الوقف لمن شرط له من واقف أو غيره وحق خيار الرؤية وحق تحليف اليمين المتوجهة إلى أحد المتداعيين، فإن هذه الحقوق لا تسقط حتى يتعرف عودها من عدمه.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع ومنها ما لو كان الثمن غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشترى قبل قبض الثمن، فإنه يسقط حقه فى حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفى الثمن. وكذلك الأجير إذا كان له حق حلس العين بأن كان لعمله أثر فيها كالخياط والضباغ إذا سلم حقيقة أو سلمها حكما بأن عمل فى بيت من استأجره سقط حقه فى الحبس.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٦٥، بتصرف فى الصياغة.

القاعدة الثامنة والثلاثون: الوصف فى الحاضر لغو فى الغائب معتبر

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الوصف فى الشىء الحاضر المشار إليه فى المجلس لغو أى ساقط الاعتبـار، لأن المقصود من الوصف التعـريف وإزالة الاشتباه والاشتـراك وقد حصل من ذلك بالإشارة إلـيه ما هو أعـلى وأبلغ، فإن الإشـارة تقطع الاشتـراك بالكلية والوصف يقللـه فإذا وجدت الإشارة يلغو معها مـا هو دونها من الوصف الذى يقلل الاشتراك ولا يقطعه، وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب وهو الأبيض المشوب بصفرة وكان هذا الفرس حـاضراً فى المجلس وقال البائع: بعتك هذا الفرس الأدهم أى الأسود فى إيـجابه وقَبِل الـمشتـرى صح البيع ولغـا وصف الأدهم لأن الإشارة إليـه أبلغ وأعلى من الوصف فـإذا وجدت الإشـارة يلغـو معـها مـا هو دونهـا من الوصف الذى يقلل الاشتراك ولا يقطعه، وأما إذا كان المشار إليه من غير جنسـه فلا عبرة للإشارة والعبرة للتسمية والوصف فلو باع فصّا حـاضراً وأشار إليه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، لا يـنعقد البيع[(١)]، أما إذا لم توجد الإشارة بل كان التعرف بالتسمية والـوصف فقط فإن الوصف معتبر حينئذ كما لو باع فرسًا غائبًا وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم، فلا ينعقد البيع لازمًا بل ينعقد موقوفًا فإن رضى المشترى بالبيع نفذوا وإلا بطل[(٢)].

فروع القاعدة:

هذه القاعـدة لها فروع ومن هذه الفروع مـا لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعـدما انهدمت وصارت صـحراء يحنث لأن الدار هى العرصـة والبناء وصف فيها فـفى حال الإشارة إلى الدار يلغو الوصف لعـدم إفادته، بخلاف ما لو حلف لا يدخل داراً، فـدخل داراً منهدمة فإنه لا يحنث لأنها عند عدم الإشارة من قبيل الغائب.

القاعدة التاسعة والثلاثون: إعمال الكلام أولى من إهماله

معنى القاعدة:

معنى هذه القـاعدة أن إعمال الكلام مـا أمكن أولى من إهماله، لأن المهمل لـغو وكلام العاقل يصان عنه فـيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجـه يجعله معمولاً به من حقـيقة ممكنة وإلا فمجاز.

---

(١) المجلة المادة: ٢٠٨.

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ٣٣١.

وتطبيق ذلك يظهر فيما لو أوصى أو وقف على أولاده تناول أولاده الصلبية فقط إن كانوا لأن الوصية أو الوقف على أولاده من صلبه حقيقة وإلا تناول أولادهم بطريق المجاز، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، وكذلك: لو أوصى أو وقف على مواليه الأعلين أو الأسفلين فإن كان له موال استحقوا وإلا فلموالى مواليه.

وينبغى أن ننبه إلى أن الأصل فى الكلام أن يفيد فائدة مستأنفة غير ما أفاده سابقه لأن الاستئناف تأسيس وإفادة ما أفاده السابق تأكيد، والتأسيس أولى من التأكيد وعليه فيراد بالإهمال فى القاعدة ما هو أعم من الإلغاء بالمرة وإلغاء الفائدة المستأنفة بجعله مؤكدا، فلو أقر بألف فى صك ولم يبين سببها ثم أقر بألف كذلك يطالب بالألفين وكذلك لو قال لزوجته المدخول بها: أنت طالق طالق طالق وقع ثلاثًا فإذا قال: إنه نوى التأكيد فإنه يترك إلى نيته فى حكم الديانة فى أنه أراد بالتكرار التأكيد لا التأسيس أى تعدد الطلقات وعندئذ يقع الطلاق واحدة رجعية فقط، وله مراجعتها ديانة أى فيما بينه وبين الله، أما فى حكم القضاء الذى يبنى على الظاهر فإنه إذا رفع الأمر إلى القاضى فإنه يقضى عليه بوقوع ثلاث طلقات والبينونة الكبرى فيحمل التكرار على قصد التأسيس عملاً بالظاهر لأن الأصل فى الكلام إعماله بإفاده فائدة جديدة وهذا معنى التأسيس(١).

القاعدة الأربعون: الأصل فى الأبضاع التحريم

معنى القاعدة:

معنى القاعدة: أنه إذا اجتمع فى المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة عملاً بالأصل ولهذا لا يجوز التحرى فى الفروج، لأن الأصل الحظر وإنما أبيح النكاح للضرورة(٢)، والضرورة لا يتوسع فيها.

دليل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بحديث أورده جماعة بلفظ: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال» لكنه قال الحافظ أبو الفضل العراقى: لا أصل له، وقال السبكى فى الأشباه والنظائر نقلاً عن البيهقى: هو حديث رواه جابر الجعفى، عن الشعبى عن ابن مسعود وهو منقطع.

قلت: وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق فى مصنفه وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع.

(١) يراجع: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقا ص ٣١٥، ٣١٦.
(٢) بتصرف من الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٧ الناشر مؤسسة الحلبى ١٣٨٧/ ١٩٦٨م.

ثم قال السبكى: غير أن القاعدة فى نفسها صحيحة[١]، ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرَّمة بنسوة قرية محصورات لأنه ليس أصلهن الإباحة حى يتأيد الاجتهاد باستصحابه، وإنما جاز النكاح فى صورة غير المحصورات رخصة من الله تعالى كما صرح به الخطابى لئلا ينسد باب النكاح عليه[٢].

فروع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطى فروعًا لهذه القاعدة نذكر منها:

١- ما ذكره بقوله: لو اشتبهت إحدى محارمه بأجنبيات وأراد الزواج منهن مع وجود الاشتباه فننظر هل هن محصورات أو لا؟ فإن كن محصورات حرم الزواج منهن لأن الوقوع فى الزواج بالمُحرَّم ممكن وقوى وذلك يقتضى تحريم النكاح، وأما إذا كان الاشتباه فى غير المحصورات فإن له أن يتزوج لأنه يندر أن يقع فى المحرَّم[٣].

والمحرَّم من النساء: هى التى لا يحل له أن يتزوجها لسبب من أسباب المحرمية سواء كان التحريم مؤبدًا أو مؤقتًا، ولكل من هذين النوعين أسباب تقتضيه.

فأما الأسباب التى تقتضى تأبيد حرمة التزوج بالنساء فثلاثة وهى: القرابة والمصاهرة والرضاع، وأما الأسباب التى تقتضى حرمة بعض النساء حزمة مؤقتة بوجود المانع فهى خمسة وهى: كون الزواج بالمرأة مؤديًا إلى الجمع بين محْرمين، وتعلق حق الغير على المرأة التى يريد العقد عليها، وتطليق الرجل المرأة التى يريد العقد عليها طلقة ثالثة، وكون الرجل متزوجًا بأربع حرائر غير الزوجة التى يريد العقد عليها، وكون المرأة غير متدينة بدين سماوى[٤].

٢- ومن صور اجتماع المحرَّم والمحلل: رجل له زوجات وقال: إحداكن طالق، فكل واحدة منهن تعتبر طالقًا فلا يحل وطء واحدة منهن، لأن كل واحدة منهن اجتمع فيها محلل ومحرم فيغلب المحرِّم على المحلل لما روى ابن عمر قال: أسلم غيلان الثقفى وتحته عشرة نسوة فى الجاهلية، فأسلمن معه، فأمره النبى ﷺ أن يختار منهن أربعًا[٥] فإن كل واحدة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١١٧ والأشباه لابن نجيم ص ١٠٩.
(٢) الأشباه للسيوطى ص ٦٧.
(٣) إحياء علوم الدين لأبى حامد الغزالى ج ٥ ص ٨٢٩.
(٤) أحكام عقد الزواج فى الفقه الإسلامى للمؤلف.
(٥) رواه أحمد وابن ماجه والترمذى ص١٤٦ يراجع: نيل الأوطار ج٦ ص ١٨٠.

قبل التعيين تحتمل الإمساك وعدمه، فالوطء حرام قبل التعيين، وإن امتنع عن التعيين رفع الأمر إلى القاضى فيلزمه القاضى بالتعيين، وكذا فى مسألة الطلاق.

ويستثنى من القاعدة مسائل منها:

١- لو اختلطت امرأة محرَّمة بنسوة قرية كبيرة فله النكاح منهن، لأنه يندر أن يقع فى المحرم فكان له أن يتزوج من تلك القرية[١].

٢- وخرج عن القاعدة: مسألة فى فتاوى قاضى خان، وهى: صبية أرضعها قوم كثير من أهل القرية، أقلهم أو أكثرهم لا يدرى من أرضعها، وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوجها، قال أبو القاسم الصفار: إذا لم تظهر له علامة ولا يشهد أحد له بذلك يجوز له نكاحها، وهذا من باب الرخصة كيلا ينسد باب النكاح[٢] قال ابن نجيم: ثم اعلم أن هذه القاعدة إنما هى فيما إذا كان فى المرأة سبب محقق للحرمة فلو كان فى الحرمة شك لم يعتبر ولذلك قالوا: لو أدخلت المرأة حلمة ثديها فى فم طفلة ووقع الشك فى وصول اللبن إلى جوفها لم تحرم لأن فى المانع شكّا ثم قال: وفى الغنية: امرأة كانت تعطى ثديها صبية واشتهر ذلك فيما بينهم ثم تقول: لم يكن فى ثديى لبن حين ألقمتها ثديى ولم يعلم ذلك إلا من جهتها جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية، وجاء فى الخانية: صغير وصغيرة بينهما شبهة الرضاع ولا يعلم ذلك حقيقة: قالوا: لا بأس بالنكاح بينهما، هذا إذا لم يخبر بذلك أحد، فإن أخبر به عدل ثقة يؤخذ بقوله ولا يجوز النكاح بينهما، وإن كان الخبر بعد النكاح وهما كبيران فالأحوط أن يفارقها[٣]، ثم إن البضع وإن كان الأصل فيه الحظر يقبل فى حله خبر الواحد[٤].

القاعدة الحادية والأربعون: ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه :

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة، أنه إذا ثبت فى زمان ملك شىء لأحد فإنه يحكم ببقاء ذلك الملك على صاحبه فى الزمن الماضى ما لم يوجد ما يزيله، سواء كان ثبوت الملك الماضى بالبينة أو بإقرار المدعى عليه[٥].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٧.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٧.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٧، ٦٨.

(٤) المراجع السابقة ص ٦٨.

(٥) شرح القواعد الفقهية للزقا ص ١٢١.

وهذه المسألة تأتي على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يدعى ملكًا خـاليًـا عن الإسناد إلى المـاضى، بأن يقول: إن العـين التى بيـد المدعى عليـه هى ملكى سواء بين سببًـا للملك أو لا، ويشهد الشهـود له بالملك أو يقولوا: إنها كانت ملكه أى فى صـورة فإذا أطلق المدعى الملك أو يقولوا: إنهـا كانت ملكه بالسبب الذى ادعاه أى فى صورة ما إذا بين المدعى سببًا للملك(١).

الثـانى: أن يدعى ملكًا ماضيًا فـيقول: إنها كانت ملكى ويشهـد الشهود بالملك المطلق كذلك وهو عكس الأول.

الثالث: أن يدعى ملكًا ماضيًا ويشهد الشهود بالماضى أيضًا، ففى الصورة الأولى: تصح الدعوى من المدعى وتقبل من الشهود فيحكم للمدعى بالملك، لأنه لما ثبت ملكه فى الزمن الماضى فالأصل أن يحكم ببـقائه حيث لم يقم دليل على خلافه إلى أن يوجـد ما يزيله، كأن يقيم المدعى عليه بينة على الشراء منه على سبيل المثال.

وأما فى الصورتين الثـانية والثالثة، فـإن دعوى المدعى غير صـحيحة، وشهـادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة أيضًا، لأن إسناد المدعى ملكه إلى الماضى يدل على نفى الملك فى الحال إذ لا فـائدة للمدعى فى إسنـاده مع قيام ملكه فى الـحال، بخلاف الشـاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضى، لأن إسنادهمـا لا يدل على النفى فى الحال لأنهما قد لا يعـرفان بقاءه إلا بالاستصحاب.

وفى الصورة الأولى المـقبولة لو سـأل القاضى الشاهدين: هل تعلمـان ملكه للحال؟ لا يجبران على الجواب لكن لو أجاباه بقولهما: لا نعلم قيام الملك للحال ترد شهادتهما، لأنهما لما صرحـا بجهلهما قيام الملك لـلحال لم يبق إمكان للحمل على أنهما يعـرفان بقاء الملك بالاستصحاب فلم تعد شهادتهما صالحة لأن يحكم بها فى ذلك(٢).

ومثل الشهادة بملك العـين فى جميع الصور المتقدمـة، الشهادة بالدين، فلو ادعى إنسان دينًا فى ذمة حى أو مـيت وأقام بينة شـهدت له أنه كان له عليـه هذا المبلغ المـدعى به تقبل الشهادة ويحكم به(٣) وكان من المقرر أن قبول الحاكم البينة وإلزام الخصم بما قامت عليه فى الصورتيـن إنما هو عمل بـالاستصـحاب وهو عـمل بالظاهر والظاهر يصلح حجـة للدفع لا للاستحقـاق والحكم بهذه الشهادة حكم بالاستحقاق بالدفـع فينبغى أن لا تقبل، لكن نقل فى جامع الفصولين فى أوائل الفصل الحادى عشر هذا الإشكال عن صاحب الغنية وأنه أجاب عنه

---

(١) المجلة العدلية المادة: ١٦٩٥.

(٢) المجلة العدلية المادة: ١٦٩٥.

(٣) المجلة العدلية المادة: ١٦٩٤.

بأن فى رد مثل هذه البينات حرجًا، فتقبل دفعًا للحرج[١]، قال القرافى: اعلم أن قول العلماء أن الشهادة لا تجوز إلا بالعلم ليس على ظاهره، فإن ظاهره يقتضى أنه لا يجوز أن يؤدى الشاهد إلا ما هو قاطع به، وليس كذلك، بل حالة الأداء دائمًا عند الشاهد الظن الضعيف فى كثير من الصور، بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علمًا فقط فلو شهد بقبض الدين جاز أن يكون الذى عليه الدين قد دفعه فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذى لا يفيد إلا الظن الضعيف، وكذلك الثمن فى البيع يشهد به مع احتمال دفعه، ويشهد فى الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه، ويشهد بالإجارة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة بعد ذلك بناء على الاستصحاب والمحقق فى هذه الصور كلها وشبهها إنما هو الظن الضعيف ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور وهو كلام وجيه جدًا مؤيد لجواب صاحب الغنية[٢].

القاعدة الثانية والأربعون: لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أنه لا يعتد بالدلالة اللفظية فى مقابلة التصريح لأنها دونه فى الإفادة وهو فوقها، وتكون الدلالة بفتح الدال فى المعقولات وهى بكسرها فى المحسوسات، ومعنى الدلالة: كون الشىء بحال يفيد الغير علمًا[٣]، ومثال ذلك: دلالة ضحك البكر بلا استهزاء عندما بلغها تزويج الولى فإنه يعتبر إجازة لكن إذا وجد قبله أو معه تصريح بالرد تلغى تلك الدلالة.

فروع القاعدة:

يتفرع على تلك القاعدة مسائل متعددة منها:

١- أنه يستدل على مصارف الوقف بتعامل الناس السابقين، ولكن إذا وجد فى كتاب الوقف ما يخالف ذلك فلا عبرة بتعامل الناس على خلافه، ومنها: ما إذا باع عقارًا بيعًا صحيحًا شرعيا، ثم ادعى أن البيع كان وفاء وقال المشترى إنه بات قطعى، فإنه ينظر: فإن هناك دلالة على الوفاء ككون الثمن دون ثمن المثل بغبن فاحش تسمع دعوى الوفاء من البائع ويكون القول قوله، ولكن إذا وجد التصريح بالبتات فلا يعمل بتلك الدلالة ولا تسمع دعوى الوفاء حينئذ[٤].

---

(١) المجلة المادة: ٥٧.

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ١٢٣.

(٣) المرجع السابق ص ١٤١.

(٤) المجلة العدلية المادة: ١٦٥٨.

٢- ما إذا قبض المشترى المبيع قبل نقد الثمن بمشهد من البائع ولم ينهه، صح القبض وسقط الحبس بالثمن بدلالة السكوت على الإذن ولا يملك استرداده بل يطالبه بالثمن فقط، أما لو وجد صريح النهى فلا يسقط حق الحبس، وله أن يسترده منه ويحبسه بالثمن، كما يستفاد من المحل المذكور، وكذلك لو قبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب ولم ينهه صح قبضه وتمت الهبة ولا يملك الاسترداد منه بدون قضاء أو رضاء، ومفهومه أنه لو نهاه صريحا لم يصح قبضه، فله استرداده منه[١].

٣- ما لو زوج الأب ابنه الصغير وضمن عنه المهر ثم دفعه عنه أو كان دفعه بلا ضمان فإنه لا يرجع على الصغير إلا إذا أشهد عند الضمان أو عند الدفع أنه يدفع ليرجع وعللوه بأن عدم الرجوع إنما هو بجريان العادة بأن يتحمل الأب مهر ابنه الصغير بلا طمع فى الرجوع فيكون متبرعًا دلالة ولكن إذا شرط الرجوع صريحًا تنتفى تلك الدلالة، لأن الصريح يفوقها.

٤- ما لو عقد على أختين متعاقبًا ونسى الأول ثم دخل على إحداهما اعتبر دخوله بها بيانًا لكونها هى السابق نكاحها، فإذا صرح بعد دخوله بها أن تلك الأخرى هى السابق نكاحها يعتبر تصريحه بذلك، إذ الدلالة لا تعارض التصريح.

٥- ما لو تنازع رجلان فى امرأة فكل منهما يدعى أنها زوجته، وأقاما بينتين على ذلك ولم يبينا تاريخًا للنكاح فإنه ينظر: فإن لم يكن دخل بها أو نقلها إلى منزله أحدهما ترد البينتان، لعدم إمكان الاشتراك فى النكاح ويحكم بنكاحها لمن تصدقه هى منهما وإن كانت فى بيت أحدهما أو كان دخل بها ترجح بينته ولا يلتفت إلى تصديقها لخصمه الآخر، لأن تمكنه من نقلها أو الدخول بها هو دلالة على سبق عقده إلا إذا برهن الآخر على أنه تزوجها قبله فيكون حينئذ هو أولى بها، لأن الصريح يفوق الدلالة.

وهذا ليس على إطلاقه، فالتصريح إنما يقوم ويكون معتبرًا إذا لم يجئ بعد أن تعمل الدلالة عملها، فإذا عملت الدلالة عملها فإن الدلالة تعتبر دون التصريح ومثال ذلك: أن القيام فى مجلس العقد دليل الرجوع فيبطل الإيجاب بقيام أيهما من المجلس قبل القبول فلو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح ولم يعتبر لأنه إنما وجد بعد الدلالة وبعد أن عملت عملها ولذلك لم يعارضها.

وقد تكون الدلالة فى بعض الأوقات أقوى من الصريح ويثبت بها ما لا يثبت به وذلك فى مسألة واحدة وهى ما نصوا عليه من أن الحاكم ليس له أن يستنيب آخر عنه إلا إذا كان مفوضًا له بالاستنابة صريحًا كقولٍ من شئت ونحوه، أو كان مفوضًا له دلالة كجعلناك قاضى القضاة

(١) المجلة المادة: ٥٧.

فإذا كان التفـويض له صريحا بما ذكر فإنه يملك الاستنابـة ولا يملك عزل النائب أما إذا كان التفـويض له دلالة فإنه يملك الاستنـابة والعزل فقد عـملت الدلالة هنا ما لا يعـمله الصريح ويثبت بها ما لم يثبت به.

ويستثنى من قاعدة أنه لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح مسائل منها:

١- ما لو اشترى شيئًا ثم اطلع على عيب فيه فـاستعمله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب وصرح بعدم الرضا فإنه يلزمه المبيع ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا.

٢- ما لـو بنى المتـولى أو غرس فى عـقار الوقف ولم يشـهد أنه لنفـسه ثم اخـتلف مع المستحقين فقال: فعلته لنفسى، وقالوا: بل للوقف فالقول قولهم ترجيحًا للدلالة بكونه متوليًا، وبناؤه وغرسه لنفسه غير جائز ويعد خيانة منه، والأصل عدمه على تصريحه بأنه فعل لنفسه.

٣- ما لو اشتـرى إنسان حيوانًا ثم قال لمن يسـاومه عليه: اشتره فـلا عيب به ولم يتفق بينهما البيع ثم وجـد به عيبًا، فله رده على بائعه، ولا يمنعه إقـراره السابق لمن ساومه بأنه لا عيب فيـه لأن كلامه ذلك مجاز عن التـرويج، لظهور أنه لا يخلو من عيب فيـتيقن بأن ظاهر إقراره غير وارد، إلا إذا كـان عيَّن نوع العيب فقال: لا شلل به أو لا عـور مثلاً، فإنه لا يرده بعد ذلك بهـذا العيب الذى نفـاه، لأنه يحيط العلم به فـيعتـبر إقراره ويحكـم بأن هذا العيب حدث عنده بعد إقراره بعدمه[١].

القاعدة الثالثة والأربعون: لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت فى معـرض الحاجـة إلى البيـان بيـان:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة مـعناها أنه لا ينسب إلى ساكت قادر على التكلم أنه قـال كذا لكن السكوت من القادر على التكلم فيما يلزم التكلم به إقرار وبـيان، وهذا ما سوف يتضح من خلال عرض المسائل والفروع التى تندرج تحت هذه القاعدة وبيانها كالآتى:

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة جملة من المسائل وهى:

١- ما لو رأى أجنبيّا يبيع ما له.

٢- ما لو رأى الـقاضى الصبى أو الـمعتـوه يبيع ويشـترى فـسكت لا يكون سكوته إذنًا بالتجارة ولو لم يكن لهما ولى.

---

(١) يراجع: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص ١٤١ وما بعدها.

٣- ما لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون سكوته إذنا.

٤- ما لو تزوجت المرأة غير كفء فسكت وليـها عن طلب التفريق لا يكون سكوته رضا على ظاهر المـذهب الحنفى ما لم تلد، فـإذا ولدت فليس للولى التـفريق، حـفظا للولد عن التشتيت من الزوج ولكن روى الحسن عن أبى حنيفة أن العقد لا يجوز على روايته الفتوى.

٥- ما لو سكتت زوجـة العنين لا يكون سكوتها رضـا ولو أقامت معـه سنين، هذا بيان للمقطع الأول من القاعدة: لا ينسب إلى ساكت قول، أما المقطع الثانى منها وهو قوله: لكن السكوت فى معوض الحـاجة بيان، يعنى أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقـرار وبيان وتطبيق ذلك يظهر فيما لو باع شيئًا فاسدًا وسلمه للمشـترى ثم عيَّب البائع المبيع ينفسخ العقد ويصير بتعييبه له مستردًا حتى لو هلك عند المشترى من غير أن يمنعه عن البائع هلك على البائع لأن العقد الفاسد مـعصية يجب على كلٍّ من العاقدين رفعها بالفـسخ فاللائق بحال البائع أن يكون ساعيًا وراء رفعها، فاعتبر فعله التعييب استيلاء على المبيع واختيار فسخ العقد رفعًا للمعصية، فإن المبيع إذا وصل إلى البائع من جهة المشترى بأى وجه كان يعتبر فسخًا[1].

٦- سكوت البكر عند استئمار وليها لها قبل التزويج وكذا سكوتها إذا بلغها النكاح بعدما زوجها وسكوتها عند بلوغها بكرًا عالمة بتزويجه لها فإن سكوتها فى كل ذلك كصريح القول، لأن حالتـها وهى استحـياؤها عن إظهار الرغبـة فى الرجال لا عن إظهار عدمـها تدل على أن سكوتها مع إمكان تصريحها بالرد ولا حياء يمنعها بيان وإفصاح ففى الأولى يكون العقد لازمًا وفى الثانية ينبرم ويلزم بعد وجوده موقوفًا وفى الثالثة يسقط خيارها.

٧- و اشترى سلعـة من فضولى وقبض المشتـرى المبيع بحضرة صـاحب السلعة فسكت يكون رضا[2].

٨- ما لو سئل عن مجهول النسب هل هو ابنه؟ فـأشار بالإقرار به ثبت نسبه، لأن إشارته هذه مع حرصه على صيانة النسب وتمكنه من النفى يقوم مقام القول.

٩- إذا دفعت الأم فى جـهاز بنتهـا أشياء من أمـتعة الأب والأب يـعلم ذلك وهو ساكت فليس له الاستـرداد من ابنته وإنفـاق الأم فى جهاز ابنتـها من مـال الأب ما هو معـتاد والأب ساكت يكون إذنًا منه ولا تضمن الأم.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٣٨.

(٢) جامع الفصولين حاشية الرملى ج ١ ص ٣١٥.

القاعدة الرابعة والأربعون: الاضطرار لا يبطل حق الغير

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الاضطرار لا يبطل حق الغير سواء كان الاضطرار بأمر سماوى كالمجاعة والحيوان الصائل أو غير سماوى كالإكراه الملجئ. والإكراه الملجئ هو الذى لا يبقى للشخص معه قدرة، ولا اختيار كإلقاء شخص من شاهق على شخص ليقتله فالشخص الملقى لا قدرة له على الوقوع لا فعلاً ولا تركًا. ومثل ذلك أيضًا: أن يهدد شخص غيره بما يلحق به ضررًا فى نفسه أو فى عضو من أعضائه، ففى الأول: يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه جوعًا، ويدفع السائل بما أمكن ولو بالقتل ويضمن فى المحلين وإن كان مضطرًا، فإن الاضطرار يظهر فى حلِّ الإقدام لا فى رفع الضمان وإبطال حق الغير، وفى الثانى إذا كان واردًا على إتلاف مال الغير فإن المكرِه يضمنه.

أما غير الملجئ فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المُكْرِه لأن الاضطرار لا يتحقق فى غير الملجئ بالنسبة لمال الغير وما يعتبر عذرًا شرعيًا منهما هو الإكراه الملجئ لقوله ﷺ: «إن الله رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(١) ولأن من شروط التكليف أن يكون الفعل مقدورًا عليه للمكلف أى يتأتى له فعله كما يتأتى له تركه والإكراه المجلئ لا تبقى معه قدرة للمكلف لا على الفعل المكرَه عليه لأنه أصبح واجب الصدور عقلا ولا على ضده لأنه ممتنع الوقوع عقلاً، وكل من الواجب العقلى والممتنع العقلى لا يدخل تحت قدرة المكلف(٢).

أثر الإكراه على الأحكام الشرعية:

إذا كان الإكراه لا يسقط عن المكرَه (بالفتح) أهلية الوجوب ولا يمنع أن يكون مخاطبًا بفروع الشريعة وجميع الأحكام التكليفية، فإن هذا لا ينفى أن يكون للإكراه بنوعيه أثر فى تصرفات المكرَه بالنسبة لما أكره عليه. والشيء المكره عليه إما قول أو فعل والقول إما خبر أو إنشاء، والإنشاء إما أن يقبل الفسخ ويبطله الهزل أو لا، والفعل إما أن يباح ويحل مع الإكراه أو يحرم، أو يرخص فيه وبيان ذلك فيما يلى:

---

(١) رواه الطبرانى فى الكبير عن ثوبان وأخرجه فى الأوسط من حديث ابن عمرو وعقبة بن عامر بلفظ: «وضع عن أمتى» وإسناد حديث ابن عمر صحيح، راجع: الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٦.

(٢) راجع: نهاية السول للإسنوى ج ١ ص ٣١١ وانظر: بحث الإكراه للمرحوم الشيخ زكريا البرديسى ص ٢ وما بعدها.

الإكراه على الإقرار للغير بحق: فإن كان الإكراه على قول هو إقرار بحق للغير عليه كان هذا الإقرار باطلاً لا يؤاخذ المقر به ولا يترتب عليه أثره إن انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء وإن لم ينته إلى ذلك فهو مختار وتكليفه جائز شرعًا وعقلاً، وبهذا قال الشافعية والحنابلة[(١)] ففى حالة الإكـراه الملجئ يسقط أثر التـصرف رخـصة من الله تعالى، مـثل النسيـان تمامًـا لقوله ﷺ: «إن الله رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

ووجه الدلالة من الحديث أن لفظ (ما) فى الحديث يفيد العموم فيكون حكم كل تصرف أكره عليه الإنسان مرفوعًا والإقرار من جملة التصـرفات ولأن الإكراه جعل حجة حالة الاختيار ترجيحًـا لجانب الصدق على جانب الكذب، وعند الإكراه يتـرجح جانب الكذب على جانب الصدق لوجود القرينة الدالة على أن المقر يريد دفع الضرر عن نفسه، ومن هنا قرر العلماء أن ذلك الحكم يجرى فى فروع الشريعة كلها فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤاخذ به من أكره.

وكذلـك يكون الحكم لمن أكره على شـرب الخمـر فشـرب، فلا حـد عليه لأن الـحد الشرعى شرع زاجرًا عن الجناية وشرب الخمـر المكره عليه ليس جناية بل هو مباح، ولا تنفذ تصرفاته لأن نفاذ تصرفات السكران فى حالة اخـتياره بدون إكراه عند من يقر نفاذه كان تغليظًا عليه وزجرًا له، وهنا لا جناية فـلا تغليظ وكذلك يكون الحكم فيما لو أكره عـلى السرقة فلا إثم على السارق المكرَه ولا حد عليه لقوله ﷺ: «إن الله رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأن الحدود تدرأ بالشبهات والإكراه هنا شبهة تمنع الحد[(٢)].

هذا إذا كان الإكراه ملجئًا فإن كان غير ملجئ بأن كان بحبس أو قيد مثلاً من غير أن يمنع عنه الطعام أو الشراب فـلا يحل له شيء من هذه المحرمات لعدم الضروة فـإذا تناول شيئًا من هذه المحرمات وجب عليه إقامة الحد قياسًا، لأنه لا تأثير بالإكراه بالحبس ونحوه فى الأفعال فوجود هذا الإكراه يعتبر فى حكم العدم، ومع هـذا فلا يجب عليه الحد فى حالة الإكراه غير الملجئ استحسانًا.

أما من أكره على إتلاف مال الغير فإن هذا الإكراه وإن أباح إتلاف مال الغير إلا أن حرمته باقية لأن إتلام مال المسلم حرام حرمة لا تحتمل السقوط وهذه الحرمة متعلقة بحق من حقوق العباد فإن مال المـسلم معصوم ووجوب عدم إتلافه حق من حقـوقه فيكون إتلافه إهدارًا لهذه العصمة، وهو حرام، وهذه الحرمة لا تسقط ولكن يرخص فى هذا الإتلاف إذا أكره على ذلك وكان الإكراه ملجئًا إبقاء لحرمة النفس التى تستهلك بسبب هذا الإكراه إذا امتنع عن إتلاف مال

(١) راجع مخطوط قـواعد الزركشى ق ٢٣ وما بعـدها والأشباه والنظائر للسيـوطى ص ١٧٨ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص ٥٨.

(٢) راجع: المطعومات والأعذار الشرعية للدكتور رمضان الشرنباصى ص ١٨٨.

الغير وكذلك حرمة عضو المكرَه فوق حرمة المـال، لأن المال مبتذل مهان وربما يقدمه مالكه فداء لنفس الغير أو طرفه ومع أن الشارع رخص فى إتلاف مال الغير للإكراه إلا أن هذا الإكراه ليس مزيلاً لعصمة المال فى حق صاحبه لأن عصمته ثبتت للحاجة إليه وهذه الحاجة ما زالت باقية فيكون إتلافه وإن رخص فـيه غير مسقط لعصمتـه فإن هذا الإتلاف فى حد ذاته من قبيل الظلم والظلم حرام حرمة مؤبدة.

ولهذا فإن المكرَه إذا امـتنع عن إتلاف مال الغير حتى قـتل، كان شهيدا لأنه بذل مـهجة نفسـه لدفع الظلم، فاستـحق لذلك الأجر والثواب وبلغ درجـة الشهداء، مـثله فى ذلك كمن امتنع عن ترك العـبادات المفروضة كـالصلاة ونحوها حتى قـتل فإنه يكون شهيـدًا ولهذا اتفق الفقهـاء على وجوب الضمان وهو على الرأى الراجح على المكرِه لا عـلى المستكره لأنه وإن باشر الفعل إلا أنه كالآلة بالنسبة للحامل الذى أكرهه على الإتلاف.

وخـلاصـة القـول: أن الإكراه الملجئ أو التـام عذر شرعى من الأعـذار التى تبيح تناول المطعومات المحـرمة وتجيز إجراء كلمة الكفر على اللسـان مع اطمئنان القلب بالإيمان ولكن الإكراه المجلـئ لا يبيح الجرائم التى تضر بالنفس أو العـضو وأيضًا لا يبيح الزنا بـالمرأة فإن الزنا حرام لأنه فى حذ ذاته يعتبر من الجرائم الـبشعة التى لا تحل فى دين من الأديان لما فيه من المفاسد التى منها هتك العرض والعار الذى يلحق بالمـزنى بها وبأسرتها فإن هذه العار قد يستمر أجـيالاً يلاحق أسرتها، ومن ينتسب إليـها فضلا عن أن الزنا جريمة يقـرها أى مجتمع لمن ارتكبها سواء كان رجلاً أو امرأة مهما كان الدافع إليها.

وبالإضافة إلى ذلك ومـا قدمناه من أن الاضطرار لا يبطل حق الغير فـإنه يدخل معنا هذه الصور وهى:

ما لو انتـهت مدة الإجارة أو العارية والزرع بقل لـم يحصد بعد، فـإنه يبقى إلى أن يأتى زمن الحصـاد، ولكن بأجر المثل، لأن اضـطرار المستـأجر والمسـتعير لإبـقائه لا يبطل حق المالك فـتلزم الأجرة، وكذلك: لو انتـهت مدة إجارة الظئـر وقد صار الرضـيع لا يأخذ ثدى غيرها ولم يستغن بالـطعام فإنها تجبر على إرضاعه ولكن بأجر المـثل، وأيضا: فإنه يدخل ما ذكروه من أنه لو علق طلاق زوجـته على فعل نفسـه الذى لا بد فيه وكان التعليـق فى الصحة والشـرط فى المرض، يكون فـارًا وترث، لأن اضطراره إلى فـعل مـا لا بد منه لا يبطل حق زوجته فى الإرث فترث.

وهذا كله يدل على أن حق الغيـر لا يسقط بالاضطرار مهمـا كانت درجته لأن مـال الغير معصوم وعصـمته مؤبدة كما أن نفسه معصـومة فعصمة ماله من عصمـة دمه وقد قال الرسول ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام دمه ومـاله وعرضه» قال ذلك وأعلنه فى حجة الوداع

حيث قـال: «إن ماءكم وأموالكم عليكم حرام كـحرمة يومكم هذا فى شـهركم هذا فى بلدكم هذا ألا هل بلغت اللهم فاشهد، فليبلغ الشاهد منكم الغائب».

القاعدة الخامسة والأربعون: الأصل فى الأمورر العارضة العدم

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الأمور العارضة أو الصـفات التى تعرض وتزول يكون الأصل فيها العدم كمـا أن الصفات الأصلية يكون الأصل فيـها الوجود حتى يقـوم الدليل على خلافه[1]، وهذا معناه أن الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين:

الأول: الصفـات التى يكون وجودها فى الشىء طارئًا وعارضًـا بمعنى أن الشىء بطبيعـته يكون خاليًا عنها غـالبًا، وهذه تسمى الصفات العارضة، والأصل فيـها العدم، وهذه الصفات وغيرها من الأمور التى توجـد بعد العدم تعم سائر العقود والأفـعال وهذا القسم وما ألحق به من العقود والأفعال هو موضوع هذه القاعدة.

والثانى: الصفات التى يكون وجودها فى الشىء مقارنًا لوجوده وهو مشتمل عليها بطبيعته غالبًا، فـهذه الصفات تسمى الصـفات الأصلية، والأصل فيهـا الوجود وذلك مثل البكارة فى البنات وسلامة المبيع من العيوب والصحة فى العقود بعد انعقادها.

ويلحق بالصفات الأصليـة الصفات العارضة التى ثبت وجـودها فى وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها، فلو اخـتلف العاقدان فى سلامة المبيع من العيوب وعدم سلامته، أو فى صـحة البيع مثلا وفساده، فالقـول لمن يتمسك بسلامة المبيع وصـحة العقد، لأنه يشهد له الأصل، بخلاف ما لو اختلف المتعاقدان فى صحة البيع وبطلانه فإن القول قول من يتمسك بالبطلان، لأن الباطل غـير منعقد فهو ينكر وجود العـقد والأصل عدمه، وهذا إذا لم يكن الظاهر يشهد لمـدعى الصحة دون البطلان، فإذا كان الظاهر شاهدًا له فـالقول لمدعى الصحة لأن الظاهر شاهد له[2].

فروع القاعدة:

ويتفرع على هذه القاعدة مسائل نذكر منها هذه الأمثلة:

الأول: لو اختلف الـمضارب ورب المـال فى حصـول الربح وعدمه فـالقول للمـضارب والبينة على رب المال لإثبات الربح لأن الأصل عدمه.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ١١٧.

(٢) القول الحسن فى القول لمن؟ من كتاب البيوع ص ١٠٢ الطبعة الحجرية سنة ١٢٧٦هـ.

الثاني: لو قال الوصى: لم أتجر فى مال اليتيم، أو اتجرت فلم أربح أصلاً، أو ما ربحت إلا كذا، فالقول قوله لأن الأصل العدم.

الثالث: لو أدخلت المرأة حلمة ثديها فى فم الرضيع ولم يعلم هل دخل اللبن فى حلقه أو لا، فإن النكاح لا يحرم، لأن الأصل عدم المانع الذى هو دخول اللبن من المحل المذكور.

الرابع: لو اختلف البائع والمشترى فى قبض المبيع أو الثمن، أو اختلف المؤجر والمستأجر فى قبض العين المستأجرة أو بدل الإجارة فالقول لمنكر القبض فى جميع ذلك لأن الأصل عدمه.

الخامس: لو اختلف البائع والمشترى فى شرط الخيار فالقول لمنكره لأنه صفة عارضة.

السادس: لو دفع إنسان لآخر شيئًا ثم أراد استرداده مدعيًا أنه دفعه له عارية وقال القابض: إنك كنت بعتنى أو وهبتنى إياه، فالقول للدافع فى كونه عارية لأن الأصل عدم الهبة[1].

السابع: لو قال رجل لامرأته: إن لم أدفع لك نفقتك اليوم فأنت طالق ثم مضى اليوم فاختلفا فقال: دفعتها لك، وقالت: لم تدفعها لى، فالقول قول الزوجة ويترتب عليه وقوع الطلاق، بخلاف ما لو قال لها: إن لم أدخل الدار اليوم مثلاً فأنت طالق ثم اختلفا فقال: دخلت، وقالت: لم تدخل، فإن القول قوله، وإن كان الأصل عدم الدخول، وذلك لأن الشرط المعلق عليه إذا كان مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن التعليق، كوصول النفقة وعدمه فحينئذ ينظر إلى صورة التنازع فيكون القول قول منكره، وهو هنا الزوجة لأن الأصل عدم وصول النفقة إليها، وأما إذا كان الشرط مما لا يصح التنازع فيه لذاته، كدخول الدار وعدمه، فإنه لا ينظر فيه إلى صورة التنازع، لأنه غير ممكن، بل ينظر فيه إلى المقصود منه، وهو وقوع الطلاق أو عدمه ولما كان مقصود الزوج بدعواه الدخول إنكار وقوع الطلاق كان القول قوله، لأن الأصل عدم الوقوع، ولكن إذا قام دليل على خلاف ذلك الأصل بأن كان الظاهر معارضًا له، فإن الأصل يترك ويترجح جهة الظاهر كما قالوا فى زوجة العنين من أنها لو ادعت عليه عدم وصوله إليها وادعى هو الوصول وكانت بكرًا حين العقد فإن الحاكم يريها حين الخصومة للنساء، فإن قلن إنها بكر فالقول قولها، وإن قلن إنها ثيب فالقول قوله فى الوصول إليها، مع أن الأصل عدم الوصول لأن ظهور ثيوبتها مؤيد لدعواه فترك به الأصل.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٧٦٣، وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ١١٨ وما بعدها.

ويستثنى من هذه القاعدة مسائل منها:

١- لو تصرف الزوج فى غلات زوجته ثم ماتت فادعى أن تصرفه كان بإذنها وأنكر الورثة، فإن القول قوله بيمينه، مع أن الأصل عدم الإذن.

٢- لو أراد الواهب الرجوع فى هبته، فادعى الموهوب له هلاك الموهوب، فالقول قوله ولا يمين عليه، لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه.

٣- لو اختلف الزوجان فى هبة المهر فقالت الزوجة: وهبته لك بشرط أن لا تطلقنى، وقال الزوج: بغير شرط، فالقول قولها مع أن الشرط من العوارض والأصل عدمه.

٤- لو جاء المضارب بمبلغ وقال: هو أصل وربح، وقال رب المال: كله أصل، فالقول قول المضارب مع أن الأصل عدم الربح.

٥- لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضى لهم فادعى الأب أنه أنفق عليهم فالقول قوله مع اليمين، مع أن الأصل عدم الإنفاق.

القاعدة السادسة والأربعون: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعد، أنه إذا وقع الاختلاف فى زمن حدوث أمر من الأمور فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد، فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك.

وهذا إذا كان الحدوث متفقًا عليه، وإنما وقع الاختلاف فى تاريخ حدوثه، أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه بأن كان الاختلاف فى أصل حدوث الشىء وقدمه كما لو كان فى ملك أحد مسيلٌ لآخر ووقع بينهما اختلاف فى الحدوث والقدم، فادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه، فالقول لمدعى القدم، والبينة لمدعى الحدوث حتى إذا أقام كل منهما بينة رجحت بينة مدعى الحدوث وهو صاحب الدار[1].

والوجه فى كون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه وادعى أحدهما حدوثه فى وقت وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجودًا فى الوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجودًا. قبل ذلك والآخر ينكر دعواه والقول للمنكر[2].

---

(١) المادة: ١٧٦٨ من المجلة العدلية نقلا عن شرح القواعد الفقهية ص ١٢٥.

(٢) المرجع السابق نفسه ص ١٢٥.

القاعدة السابعة والأربعون: الضرر لا يكون قديمًا

معنى هذه القـاعدة: أن الضرر قديمه كحديثه فى الحكم، فلا يراعى قدمه ولا يعتبر، بل يزال، وليس المراد أنه لا يتصور تقادم عليه بحيث لا يوجد من يعرف أوله.

وهذه القاعدة بمنزلة الـقيد للقاعدة التى قـبلها وهى: القديم يترك على قدمـه، فوضعت عقبها لإفادة أن القاعدة السابقة ليست على إطلاقها، بل هى مقيدة بأن لا يكون الضرر موجودًا فلو كان الـضرر موجـودًا فإنه يزال ولا عـبرة بقدمـه، ويكون دليلاً على أنه لم يـوضع بوجه شرعى إذ لا يجوز الإضرار بالغير شرعًا(١)، ثم إن المراد الضرر الذى يزال ولا يراعى قدمه ما كان ضررًا بينا وهو الضرر الفاحش.

والضرر قسمان: عام، وخاص.

أمَّا الضرر العام، فـإنه يزال مطلقًا بلا تفصيل فيه بين الفاحش وغـير الفاحش، لأن كونه عامًّـا يكفى لاعتـباره فاحـشًا، كـما لو كان لدارٍ مـسيل مـاء أو أقذار فى الطريق العـام يضر بالمارين، أو غرفة بارزة وطيئة تمنع الناس من المرور تحتها لتسفلها، فإن كل ذلك يزال مهما كان قديمًا(٢).

وأما الضرر الخاص فهو نوعان: فاحش وغير فاحش.

وأمـا النوع الأول الفاحش، فهذا يزال كما يزال الضـرر العام، ولا عبرة لقدمه، فلو كان لرجل مسيل مـاء أو أقذار يجرى فى دار آخر من القديم، وكـان يوهن بناء الدار أو ينجِّس ماءَ بئـرها، فإن لصـاحب الدار أن يكلف ذلك الرجل بإزالة هذا الضـرر بصورة تحـفظ البناء من التوهين والماء من التنجيس بأى وجه كـان فيـأمر صاحبه برفعه ولا عـبرة للقديم والحديث، فـإن لـم يرفعـه يرفـع الأمـر إلى صـاحب الحـسبة لـيأمـره بالرفـع، وكذلك لو كـان داران قديمـتان ولإحداهما شباك من القديم على مـقر النساء فى الدار الأخرى، فإن صاحب الشباك يجبر على إزالة هذا الضرر بمنع النظر بوجه من الوجوه، فلو كانت الدار التى فيها الشباك هى قديمة فجـاء آخر فأحدث بجانبهـا دارًا بحيث صار الشباك مشـرفًا على مقر النساء فـيها، فإن صاحـب الدار الحديثـة هو الذى يكلف حينـئذ بإزالة هذا الضـرر عن نفسـه لأنه هو محـدثه والمتعرض له(٣).

وأمـا النوع الثـانى من الضرر الخاص وهو الضـرر غير الفاحش، فهو كـما لو كان لدارٍ

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٠٣.

(٢) المجلة: المادة: ١٢١٤، ١٢٢٤.

(٣) المجلة العدلية المادة: ١٢٠٧.

رجل حقٌّ إلقاء القمامات والثلوج أو له حقٌّ المسيل فى أرض الغير أو فى طريق خاص، فإن كل ذلك فيه نوع ضررٍ ولكنه دون الضرر السابق الفاحش، فإذا كان من القديم يعتبر قدمه ويراعى ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق لأنه حينئذ يمكن أن يكون مستحقًا بوجه من الوجوه الشرعية، وقد بينت المجلة الضرر الفاحش بأنه: كل ما يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضرُّ بالبناء ويوهنه وهذا الضابط ليس دقيقًا فى تمييز الفاحش عن غيره لأن الحوائج الأصلية كلمة «عامة» تتنازع فيها العقول والأفهام وتختلف فى تحديدها ولذلك يمكن القول بأن الضابط هو: أن كل ما يمكن أن يُستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية فهو ليس بضرر فاحش، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديمًا، وما لا يمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعى فهو ضرر فاحش ويرفع مهما كان قديمًا[(١)]، مثل توهين بناء الغير وتنجيس بئره والنظر إلى مقر نسائه فهذا لا يمكن أن يستحقه الإنسان على الغير بوجه من الوجوه وهذا الضابط قد بين أن علة وجوب إبقاء القديم على قدمه هى غلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه.

القاعدة الثامنة والأربعون: يختار أهون الشرين

هذه القاعدة هى نفس قاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما بارتكاب أخفهما، ومن فروع هذه القاعدة تجويز أخذ الأجرة على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات كالأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقه والحديث وتجويز السكوت على المنكر إذا كان يترتب على رنكاره ضرر أعظم كما تحوز طاعة الحكم إذا كان يترتب على الخروجح عليه شر عظيم.

القاعدة التاسعة والأربعون: القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن القادر على اليقين هل يجوز له الاجتهاد والأخذ بالظن؟

هذا مما وقع فيه الخلاف بين العلماء:

فقال الحنفية والمالكية والشافعية وغيرهم: القادر على اليقين يجوز له الاجتهاد والأخذ بالظن، ورجح هذا العز بن عبد السلام ونص على ذلك بقوله: «وإن كان معه إناء طاهر بيقين، جاز له أن يجتهد بين الإناءين، فإن أداه الاجتهاد إلى اليقين تخير فى التطهر بأى الماءين شاء وإن أداه الاجتهاد إلى الظن، فالأصح أنه يجوز له استعماله، لأن الطاهر بالظن كالطاهر باليقين»[(٢)].

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٠٣. (٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ٢/ ٥٠، ٥١.

واستدل أصحاب هذا الرأى بأدلة كثيرة منها:

١- إن غالب الفقه ظنون، لكونه مبنيا على العموميات وأخبار الآحاد والأقيسة وغيرها من المظنونات، فيعمل به كما فى المقطوع[١].

٢- أن الظن يغلب فيه الصدق ويندر فيه الكذب، فلو تركنا العمل بالظن، لتعطلت مصالح كثيرة خوفًا من وقوع مفاسد قليلة نادرة، وذلك على خلاف حكمة الإله الذى شرع الشرائع لأجلها.

ولقد هدى الله أولى الألباب إلى مثل هذا قبل تنزيل الكتاب، فإن معظم تصرفهم فى متاجرهم ومصانعهم، وإقامتهم وسائر أسفارهم وسائر تقلباتهم، مبنى على أغلب المصالح مع تجويز أندر المفاسد[٢].

وقال الحنفية فى أحد الرأيين والمالكية فى رأى عندهم والشافعية فى القول الآخر والحنابلة:

لا يجوز الاجتهاد والأخذ بالظن، بل يجب العمل باليقين، ولا يعدل عنه إلى الظن فمن كان مشاهدًا للكعبة فعليه استقبال عينها وجوبًا، لأنه قد تمكن من اليقين فلا يعدل عن اليقين إذا أمكنه الوصول إليه[٣].

واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة وبالمعقول:

أما الكتاب فمنه:

١- قوله تعالى: ﴿**وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلاَّ ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِى مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا**﴾ (يونس: ٣٦).

٢- قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ**﴾ (الحجرات: ١٢).

٣- قوله تعالى: ﴿**إِن يَتَّبِعُونَ إِلاَّ الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِى مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا**﴾ (النجم: ٢٨).

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله تعالى وبخ من يتبع الظن، وبيّن أنه لا ينفع أمام الحق ولا يغنى عنه شيئًا، وفى الآية الثانية أمر الله المؤمنين باجتناب كثير الظن وذلك يقضى بتركه والبعد عنه.

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٥٢.
(٢) التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين الإسنوى ص٥١.
(٣) فتح القدير ١/ ١٨٨ مجمع الأنهار ١/ ٨٣ الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٦٣، قواعد الأحكام ٢/ ٤٥٢ المغنى والشرح الكبير ١/ ٤٨٥، ٤٨٦.

وأما السنة فاستدلوا منها:

١- بما أخرجه النسائى عن عبد الله بن مسعود ﷺ موقوفا: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[(١)].

ووجه الدلالة أن الظن فيه ريب وعدم يقين وفى هذا الحديث أمر النبى ﷺ أن نترك ما شأنه ذلك لا سيما إذا وجد ما يغنى عنه مما لا ريب فيه.

٢- ما أخرجه البخارى عن أبى هريرة ﷺ: «إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث»[(٢)].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبى ﷺ حذرنا من اتباع الظن وقرن ذلك بالعلة وهى أن الظن أكذب الحديث.

٣- قوله ﷺ فيما أخرجه مسلم عن أبى هريرة ﷺ «فإذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم»[(٣)].

ووجه الدلالة أنه طالما استطعنا الوصول إلى اليقين فلا يجوز العدول عنه للأمر الوارد فى الحديث.

وأما المعقول فاستدلوا منه بأنه إذا تعارض أمران ظنيان، وكان أحدهما أقوى من الآخر، وجب الأخذ بالأقوى وترك ما دونه مع أن الأقوى ظنى فكيف يؤخذ بالظن حينئذ مع إمكان اليقين الذى هو أقوى من كل الظنون؟[(٤)].

والراجح هو الأول وعليه فيجوز للقادر على اليقين الاجتهاد والأخذ بالظن... إذا كان الوصول إلى اليقين فيه مشقة عظيمة، كمن لا يقدر على التمكن من جهة القبلة إلا بصعود جبل وعر مرتفع، فإن الأولى له الأخذ بما هو أيسر ومناسب لحاله لقوله تعالى: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾ (الحج: ٧٨).

إما إذا كان اليقين ميسرًا لا مشقة فيه ولا حرج كان الأولى له أن يعمل باليقين وذلك كمن دخل المسجد ورأى فيه المحراب الدال على القبلة فإن الأولى له ألا يجتهد، بل لا ينفع له الاجتهاد حينئذ[(٥)].

---

(١) سنن النسائى ٨/ ٢٣٠ كتاب آداب القضاة باب الحكم باتفاق أهل العلم، وإسناده حسن، وقال النسائى: هذا الحديث جيد جيد.

(٢) صحيح البخارى ٢/ ١٢٧ كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾.

(٣) صحيح مسلم ٢/ ٩٧٥ كتاب الحج باب فرض الحج مرة فى العمر والحديث رقم ١٣٣٧.

(٤) فتح القدير ١/ ١٨٩.

(٥) المغنى والشرح الكبير ١/ ٤٨٦.

وأما النهى عن الظن الوارد فى الآية الأولى والثالثة فالمقصود به الظن المبنى على الهوى والتشهى وليس الظن القائم على الاجتهاد والبحث والتحرى.

وأما الآية الثانية فلم ينه الله فيها عن الظن، وإنما عن بعضه مثل أن يظن شخص بإنسان أنه زنى أو سرق أو قطع طريقًا أو قتل نفسًا أو أخذ مالاً أو سلب عرضًا، فأراد أن يؤاخذه بذلك من غير حجة شرعية ومن غير دليل يستند إليه وأراد أن يشهد عليه بذلك بناء على ظنه فهذا هو الإثم، وذلك بعكس الظن القائم على الاجتهاد والبحث والتحرى، فاحتمال الخطأ فيه نادر وقليل فالعمل به جائز والأخذ به مشروع مع وجود اليقين فقد كان الصحابة ﷺ يسمع بعضهم من بعض مع قدرتهم على اليقين وهو السماع من رسول الله ﷺ (١).

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع ذكرها السيوطى فى الأشباه والنظائر(٢) وغيره، وأهم هذه الفروع اجتهاد الصحابة بحضرة النبى ﷺ فى زمانه هل يجوز عقلاً وهل هو واقع شرعًا؟ من المتفق عليه أن المجتهد إذا وجد نصّا قطعى الدلالة والثبوت، لا يجوز له أن يعدل عنه إلى الاجتهاد، سواء أكان ذلك فى عهد النبى ﷺ أم بعد وفاته.

ومن المتفق عليه أيضًا: أنه إذا لم يجد المجتهدون بعد وفاة النبى ﷺ نصّا فى المسألة فإنه يشرع لهم الاجتهاد، للوصول إلى الحكم.

واختلفوا بعد ذلك هل يجوز للمجتهدين من الصحابة ﷺ الاجتهاد فى حياة النبى ﷺ وهل وقع منهم ذلك فى حياته ﷺ (٣)؟.

اختلف العلماء فى هذه المسألة على أقوال كثيرة وأهمها قولان:

القول الأول: جواز الاجتهاد مطلقًا سواء كان فى حضرة النبى أو غيبته ﷺ وهو رأى الأكثرين من العلماء منهم: الغزالى وابن تيمية والبيضاوى وغيرهم(٤).

واستدلوا بأنه لا يتوقف على فرض وقوعه محال، وكل ما كان كذلك، فهو جائز عقلاً.

وبيان ذلك أنه لا يمتنع عقلاً أن تكون المصلحة فى أن يعمل الصحابى باجتهاده إذا لم يسأل النبى ﷺ، ولا يمتنع إذا سأله أن تكون مصلحته أن ينص له على الحكم ولا يمتنع أن تكون مصلحته أن يكله الله إلى اجتهاده فكل ذلك جائز.

---

(١) الفوائد الجنية ص ٤١٠، ٤١١. (٢) الأشباه ص ١٦٣.
(٣) الإبهاج بشرح المنهاج لتقى الدين السبكى ٣/ ١٧٣ والإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٤/ ١٧٦ والمسودة فى الأصول لآل تيمية ص ٥١١.
(٤) الأحكام للآمدى ٤/ ١٧٦ الإبهاج ٣/ ١٧٣ المستصفى ٢/ ٣٥٥.

فالاجتهاد من الصحابى جائز عقلاً سواء أغاب عن النبى ﷺ أم حضر[١].

القول الثانى: منع اجتهاد الصحابة فى حياته الشريفة مطلقًا، وهو مذهب قلة من العلماء، وقد حكى عن أبى على الجبائى وابنه أبى هشام[٢].

واستدل أصحاب هذا القول بأن الصحابة قادرون على الوصول إلى اليقين، لوجود النبى ﷺ بينهم، فهم متمكنون من النص وهو يفيد اليقين، فلا يجوز لهم الاجتهاد، لأنه يفيد الظن، ومن قدر على اليقين لا يتركه إلى الظن مختارًا، فإن هذا مما يأباه العقل[٣].

وقد اعترض المجوزون على هذا الاستدلال فقالوا: إننا لا نجيز الاجتهاد لأحد وهو قادر على النص، والصحابى عندما أجزنا له الاجتهاد لم يكن قادرًا على النص، وإنما كان محتملاً، واحتمال النص غير وجوده.

ولا فرق بين الغائب للقضاء والغائب لغيره فإن الكل تعرض له حوادث تستدعى الحكم الفورى ولو أخر حتى يستفسر من النبى لضاع الحكم وتعطلت المصلحة، ولا يمتنع عقلاً أن تكون المصلحة فى أن يكل الشارع الصحابى إلا اجتهاده، كما لم يمتنع أن يبين له النص عند سؤاله رسول الله ﷺ ولا يمتنع أن يأذن له الرسول ﷺ بالاجتهاد، فالكل جائز ولا يترتب عليه محال فيكون المختار هو الجواز مطلقًا.

أما مسألة وقوع الاجتهاد من الصحابة فى حياة النبى ﷺ : فإن فيها أقوالاً كثيرة وأهم هذه الأقوال مذهبان:

المذهب الأول: أن الاجتهاد قد وقع من الصحابة فى حضور النبى ﷺ وغيبته، ظنا لا قطعًا وهو مذهب الآمدى وابن الحاجب وآخرين[٤].

واستدلوا:

١- بما أخرجه البخارى عن أبى سعيد الخدرى رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ حكّم سعد ابن معاذ رضي الله عنه فى بنى قريظة، فحكم بقتل المقاتلة وسبى ذراريهم، فقال رسول الله ﷺ : «قضيت بحكم الله»[٥].

---

(١) المعتمد ٢/ ٧٢٢ نقلا عن القاضى عبد الجبار.

(٢) المعتمد لأبى الحسين البصرى ٢/ ٧٢٢.

(٣) الإحكام للآمدى ٤/ ١٧٦.

(٤) التمهيد للإسنوى ص ٥٢٠ والإحكام للآمدى ٤/ ١٧٥.

(٥) صحيح البخارى ٣/ ٣٤ كتاب المغازى باب مرجع النبى ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى بنى قريظة ومحاصرته إياهم.

ووجه الدلالة أن هذا الحديث يفيد وقوع الاجتهاد من الصحابى فى حضرة النبى ﷺ بعد إذنه.

٢- أن النبى ﷺ لما بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قال له: «كيف تقضى إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضى بكتاب الله، قال: فإن لم تجد فى كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم تجد فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله ﷺ؟ قال: أجتهد رأيى ولا آلو، قال: فضرب رسول الله ﷺ فى صدره وقال: الحمد لله الذى رفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله ﷺ».

ووجه الدلالة أن الحديث يفيد وقوع الاجتهاد من الغائب عن رسول الله، هو من أخبار الآحاد التى تفيد الظن ولا تفيد القطع[١].

ويسوى ابن حزم بين الصحابة وغيرهم، فيقول:

وكل ما جاز لهم ﷺ أن يجتهدوا فيه فهو جائز لنا، وجائز لكل مسلم إلى يوم القيامة[٢].

فيكون للحاضر أن يجتهد بإذن من النبى ﷺ وأما الغائب فيجتهد مطلقًا، لأن الغائب غير قادر على اليقين، لأنه لم يتمكن من مراسلة النبى قبل فوات الحادثة، فإذا اجتهد الغائب ثم رجع إلى الرسول ﷺ عرض ما حصل له على رسول الله فيقره الرسول ﷺ أو يبين له وجه الحق والصواب وهذا يؤيد الاجتهاد ولا يمنعه بالنسبة للغائب.

أما الحاضر فلا يجتهد إلا بإذن، فإن أذن له بالاجتهاد اجتهد وإلا فلا وإلا كان تاركا لليقين الذى هو النص إلى الاجتهاد والأخذ بالظن الذى يحتمل الخطأ وهذا مما يأباه العقل[٣].

---

(١) الإحكام للآمدى ٤/ ١٧٦ مختصر ابن الحاجب ٢/ ٩٣.

(٢) الإحكام لابن حزم ٥/ ٦٩٨.

(٣) مسلم الثبوت ٢/ ٣٧٥.

والله تعـــالى أعـلى وأعلم وأعـــز وأكـــرم
تم بعون الله وتوفيقه ولله الحمد والمنة وأسأل
الله أن يجعل هذا العمل خالصًا لوجهه الكريم
وأن ينفعنا به يوم الدين، إنه على ما يشاء قدير
وبالإجابة جدير.
وصلى الله وسلم على سيدنا مـحمد وعلى آله
وصحبه وسلم.

فهرس الموضوعات

الموضـــــــــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـــــــــوع	الصفحة

الموضــــــوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضــــــوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة